EIN BEITRAG ZUR LEHRE

VON DER

WECHSELUNTERZEICHNUNG.

VERHÄLTNIS
DES § 126 ABS. 1 DES BÜRGERLICHEN GESETZBUCHS ZU ART. 4 No. 5 UND ART. 96 No. 5 DER WECHSELORDNUNG; WECHSELZEICHNUNG DURCH DRITTE ALS VERTRETER RESP. GEHÜLFEN.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

GENEHMIGT

VON DER JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

GROSSHERZOGLICHEN LANDESUNIVERSITÄT ROSTOCK

VON

MARTIN KUCHERT
KAMMERGERICHTSREFERENDAR.

ACAD. LAND. BAT. BIBL.

BERLIN 1903.
DRUCK VON CARL ROSEN, BERLIN SW. 19, BEUTH-STRASSE 2.

Inhalt.

I. Das Verhältniss des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Wechselordnung:

§ 1. 1. Im allgemeinen.

§ 2. 2. Insbesondere das Verhältnis des § 126 Abs. 1 B. G. B. zu Art. 4 Ziff. 5 und Art. 96 Ziff. 5 W. O.

II. Begriff des „Ausstellers" im Sinne des § 126 B.G.B. und des Art. 4 Ziff. 5 resp. Art. 96 Ziff. 5 W.O.

§ 3.

III. Wechselzeichnungen durch Dritte.

1. Der Unterschied zwischen Stellvertreter und Gehülfen.

§ 4. a) Im allgemeinen.
b) Haupttheorieen.

§ 5. α) Entscheidend ist das Auftreten nach aussen.

§ 6. β) Entscheidend ist die Freiheit der Entschliessung.

§ 7. γ) Theorie Iherings.

§ 8. Fortsetzung: Rechtfertigung der Theorie Iherings. Entwickelung der Obligation.

2. Anwendung auf das Wechselrecht.

a) Entstehung der Wechselobligation.

§ 9. α) Ablehnung der Vertragstheorie.
β) Die Creationstheorie.

§ 10. αα) Begründung der Creationstheorie.

§ 11. ββ) Wesen der Creationstheorie.

§ 12. b) Mitwirkung Dritter bei Entstehung der Wechselobligation. Bedeutung der Form beim Wechsel.

§ 13. Fortsetzung: Die Judikatur über diese Frage.

IV. Anhang.

§ 14. Kontroverse über die Art der Zeichnung durch Vertreter nach § 126 Abs. 1 B. G. B.

Litteratur.

Bernstein: Allgemeine deutsche und Allgemeine österreichische Wechselordnung. Breslau 1896—1898.

S. Borchardt: Die Allgemeine deutsche Wechselordnung mit Kommentar. 8. Aufl. Berlin 1882.

Borchardt-Ball: Allgemeine deutsche Wechselordnung. Textausgabe mit Anmerkungen. Berlin 1897.

v. Canstein: Lehrbuch des Wechselrechts. Berlin 1890.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. Stuttgart 1900.

Dernburg: Lehrbuch des preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches. Bd. I (Halle 1894), Bd. II (Halle 1897). 5. Aufl.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Bd. II, Abt. 1 (Halle 1899), Bd. II, Abt. 2 (Halle 1900). 1. und 2. Aufl. Bd. I. (Halle 1902.)

Düringer und Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, Mannheim 1901.

F. Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I, 6. Aufl. Berlin 1899.

W. Endemann: Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. II (Leipzig 1882), Bd. IV (Leipzig 1884).

Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht, Bd. I. 7. Aufl. Berlin 1896.

Goldmann u. Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt nach der Legalordnung des Allgemeinen Landrechts. I. Teil. Berlin 1900.

Grünhut: Wechselrecht. 2 Bde. Leipzig 1897.

Hartmann: Das deutsche Wechselrecht, historisch und dogmatisch dargestellt. Berlin 1869.

Hellmann: Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. München 1882.

Hölder: Pandekten, Allgemeine Lehren. Freiburg 1891.

Hölder: Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1900.

Jacobi: Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des Deutschen Reiches. Jena 1901.

H. Lehmann: Lehrbuch des deutschen Wechselrechts. Stuttgart 1886.

H. Lehmann: Zur Theorie der Wertpapiere (in den Festgaben der juristischen Fakultät zu Marburg für Wetzell). Marburg 1890.

W. Lehmann: Die Haftung des Acceptanten aus dem durch einen Stellvertreter vollzogenen Accept. Berin 1900.

R. Leonhard: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

R. Leonhard: Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten. Leipzig 1892.
Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht. Wien 1885.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert von Planck in Verbindung mit Achilles, André, Greif, Unzner. I. Band.
Regelsberger: Civilrechtliche Erörterungen. 1. Heft. Weimar 1868.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. I. Allgemeiner Teil. Berlin 1899.
Rehbein: Allgemeine deutsche Wechselordnung mit Kommentar. 6. Aufl. Berlin 1900.
Schlossmann: Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. 1. Teil. Kritik der herrschenden Lehren. Leipzig 1900.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. II. 6. u. 7. Aufl. Berlin 1900.
Staub: Kommentar zur Allgemeinen deutschen Wechselordnung. 4. Aufl. Berlin 1901.
Thöl: Das Handelsrecht. Bd. II (Das Wechselrecht). 4. Aufl. Leipzig 1878.
Unger: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. II. 4. Aufl. Leipzig 1876.
Wendt: Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

Archiv für die civilistische Praxis.
Deutsche Juristenzeitung, herausgegeb. von Laband u. a.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeb. von Brinz und Pözl.
Mugdan u. Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, herausgegeb. von Schütt.

---

§ 1.

Die Ansicht Hartmanns[1]), dass „die Allgemeine deutsche Wechselordnung in Deutschland als ausschliessliche Grundlage des geschriebenen Rechts für Wechselgeschäfte gilt und überhaupt als das einzige Gesetz anzusehen ist, welches in Wechselsachen, sei es auf Grund verfassungsmässiger Publikation als gesetzliches, oder auf Grund usueller Anwendung als Gewohnheitsrecht Geltung hat", findet heute kaum noch einen Verteidiger. Es herrscht Einstimmigkeit darüber, dass durch die Wechselordnung nur das sog. spezifische Wechselrecht geregelt ist, dass dagegen in den Fragen der Geschäftsfähigkeit, Vertretung, Cession u. s. w. die Wechselordnung im gewöhnlichen Civilrecht, jetzt also im Bürgerlichen Gesetzbuch ihre notwendige Ergänzung findet.

Die grosse Umwälzung, welche am 1. Januar 1900 auf dem Gebiete des Privatrechts vor sich ging, konnte nicht ohne Einfluss auf die bisher in Geltung befindlichen Reichsgesetze, insbesondere die Wechselordnung bleiben. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im Art. 32 des Einführungsgesetzes infolgedessen das grundsätzliche Verhältnis des älteren Reichsrechts zum Bürgerlichen Gesetzbuch als der lex generalis geregelt. Demnach bleiben die Reichsgesetze in Geltung. Sie treten jedoch insoweit ausser Kraft, als sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder dem Einführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch die Aufhebung ergiebt. Wann dies der Fall ist, ist Auslegungsfrage.

§ 2.

Für uns erhebt sich diese Frage in Bezug auf das Verhältnis des § 126 Abs. 1 B. G. B. zu den Art. 4 Ziff. 5 und Art. 96 Ziff. 5 W. O. Zwei Meinungen stehen sich hier schroff gegenüber: nach der einen wird auch in unserem Falle die W. O. durch das B. G. B. ergänzt; man erblickt im § 126 Abs. 1 keinen Widerspruch mit dem Geiste der wechselrechtlichen Bestimmungen; nach der anderen ist die W. O. ein in sich abgeschlossenes Gesetz, das aus sich selbst heraus

[1]) Wechselrecht S. 45.

ergänzt sein will und eine Ergänzung aus der lex generalis nur insoweit zulässt, als sie mit den Tendenzen der lex specialis im Einklang steht. Vom Verhältnis des § 126 Abs. 1 B. G. B. wird nun das Gegenteil behauptet und deshalb seine Anwendbarkeit auf das Wechselrecht geleugnet. Hören wir, was der Hauptvertreter dieser Ansicht, Dernburg[1]), darüber sagt:

„.... Haben zahlreiche Bestimmungen des B. G. B. den Zweck, allgemein im Civilrecht zur Anwendung zu kommen, also auch bezüglich der durch ältere Reichsgesetze geregelten Vorschriften. Dies ist z. B. für die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, über Fristen und Termine anzunehmen. Soweit aber allgemeine Bestimmungen des B. G. B. mit der Eigenart der erhaltenen älteren Gesetze nicht übereinstimmen, bleiben die des alten Rechts bestehen, in denen sie wurzeln. Die Vorschrift z. B. des § 126 des B. G. B., dass schriftliche Urkunden „eigenhändig" unterzeichnet sein müssen, ist auf die Unterzeichnung der Wechsel nicht anzuwenden; denn die Formvorschriften der Art. 41[2]) und Art. 96 der W. O. sind als erschöpfende anzusehen und wissen von der Eigenhändigkeit der Unterschrift nichts."[3])

Wenn Dernburg seine Ansicht damit motiviert, dass die Anwendung des § 126 „eine Störung des Wechselverkehrs zur Folge haben würde, die voraussichtlich nicht vorübergehend wäre", so würde dies doch nur auf eine Interpretation des § 126 in dem Sinne zutreffen, dass unter „Namensunterschrift" unter allen Umständen die Namensunterschrift des Ausstellers der Urkunde, also im Falle einer Vertretung die des Vertreters (s. unten § 3) zu verstehen sei. Das Argument würde somit hinfällig werden, sobald man sich — wie dies eine grosse Anzahl von Schriftstellern bereits thut — entschliesst, als „Namensunterschrift" auch die Namensunterschrift des Vertretenen, wofern sie nur durch den Vertreter „eigenhändig" erfolgt, gelten zu lassen. Ob aber eine Interpretation des § 126 im Sinne Dernburgs überhaupt notwendig ist, wird den Gegenstand unserer Schlussbetrachtung (§ 14) bilden. Jedoch mag hier gleich soviel vorweggenommen werden, dass die Praxis fast einstimmig den § 126 Abs. 1 dahin auslegt, dass es genüge, wenn der Vertreter als Aussteller die Urkunde eigenhändig, wenn auch nur mit dem Namen

1) Bürgerl. Recht Bd. II, Abt. 2, S. 5.
2) Soll jedenfalls Art. 4 heissen!
3) Aehnlich eod. S. 249.

des Vertretenen, zeichne; nicht erforderlich sei, dass er seinen eigenen Namen hinzufüge.[1])

Die Ansicht Dernburgs kann aber auch deshalb nicht gebilligt werden, weil sie geradezu dem Wortlaut des Gesetzes widerspricht. Der § 126 spricht ganz allgemein: „Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben ....". Die Formvorschrift des § 126 ist nicht auf das B. G. B. und das Einführungsgesetz zum B. G. B. beschränkt, sonst hätte sie etwa lauten müssen: „Ist durch d i e s e s Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben ....". Auch die W. O. ist ein „Gesetz", und wir haben keine Veranlassung, sie von den allgemeinen Grundsätzen des B. G. B. zu eximieren.[2])

Auch das Kammergericht hat sich in dem Urteil vom 10. Oktober 1901 gegen die Ansicht Dernburgs ausgesprochen[3]): „Der Ansicht Dernburgs ..., dass zwar im allgemeinen eine derartige Ausübung der Vertretungsmacht (sc. durch Zeichnung lediglich mit dem Namen des Vertretenen) den Vertretenen nicht verpflichte, für das Wechselrecht aber eine doch wohl nur auf ein Gewohnheitsrecht zurückzuführende Ausnahme zu statuieren sei, begegnet dem Bedenken, wie die Ausschliessung des Wechselrechts von dem Herrschaftsgebiete des § 126 B. G. B. zu rechtfertigen sei, und wie sich etwa ein Gewohnheitsrecht gebildet haben sollte. Die etwa vor 1900 festzustellende Uebung hätte doch nur dem damals allgemein geltenden Rechtszustande entsprochen und sich keineswegs als Anwendung einer besonderen wechselrechtlichen Norm erkennen lassen, es liegt also kein Grund vor, das Wechselrecht von der Aenderung jenes Rechtszustandes auszuschliessen."

Schliesslich mag noch auf die Entstehungsgeschichte der Wechselordnung hingewiesen werden. Sie zeigt am besten, dass die Dernburg'sche Ansicht unhaltbar ist.

Die deutsche Wechselordnung enthält keine Bestimmung darüber, wie derjenige, welcher eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter abgiebt, zu zeichnen hat, wie sie sich denn überhaupt besonderer Vorschriften über die Vertretung bei

---

[1]) Im ersten Bande seines Bürgerl. Rechts S. 413 Anm. 16 erklärt sich Dernburg selbst bereit, seinen Widerstand gegen die Ausdehnung des § 126 Abs. 1 auf das Wechselrecht aufzugeben, „sofern man sich entschliesse, der von der Praxis angebahnten Auslegung des § 126 zu folgen".

[2]) Ebenso Landsberg in der Jurist. Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreussen, herausgeg. von Landsberg u. a., Jahrg. 1899 S. 172.

[3]) Mugdan u. Falkmann, Bd. III, S. 351.

Wechselscripturakten, insbesondere auch über die Voraussetzungen der Vertretung, enthält. Diese Fragen sind aber absichtlich von der Wechselordnung nicht geregelt worden, weil hierüber die Grundsätze des allgemeinen Civilrechts entscheiden sollen. Diese Behauptung findet ihre Bestätigung in den Motiven zum preussischen Entwurf einer Wechselordnung von 1847. Die Motive zum § 85, der dem jetzigen Art. 94 W. O. im wesentlichen entspricht, bringen ganz unzweideutig zum Ausdruck, dass auf die Wechselunterzeichnung durch Stellvertreter die Grundsätze des bürgerlichen Rechts Anwendung zu finden haben:

„Ebenso sind keine Vorschriften über Unterzeichnung durch Bevollmächtigte, Disponenten etc. (A. L. R. II 8 §§ 777, 779 ff.) erforderlich. Wer durch seine Unterschrift einen anderen verpflichten könne und wie er zu diesem Ende unterzeichnen müsse, darüber entscheiden die allgemeinen Grundsätze des Civil-, insbesondere des Handelsrechts."[1])

Aus alledem geht hervor, dass „die Wechselordnung die Anwendung des bürgerlichen Rechts in Bezug auf die vorliegende Frage nicht nur nicht ausschliesst, sondern sogar voraussetzt."[2])

§ 3.

Nach § 126 Abs. 1 B. G. B. hat der „Aussteller" der Urkunde dieselbe eigenhändig durch Namensunterschrift zu unterzeichnen. Wer ist nun im Vertretungsfalle als „Aussteller" der Urkunde im Sinne des § 126 Abs. 1 zu betrachten, der Vertretene oder der Vertreter? Wir werden uns für das letztere entscheiden müssen.

Gesetzt den Fall, dass Aussteller einer Urkunde immer derjenige ist, welchen die Urkunde als Verpflichteten benennt, so müsste der Verpflichtete nach § 126 stets „eigenhändig" unterzeichnen. Eine Vertretung bei einem solchen Formalgeschäft wäre damit unmöglich gemacht, was aber in direktem Widerspruche mit dem Gesetze steht. Denn § 167 Abs. 2 B. G. B. bestimmt, dass die Erklärung, durch welche jemand bevollmächtigt wird, nicht derjenigen Form bedarf, welche für das vom Vertreter vorzunehmende Geschäft erforderlich ist.[3])

---

[1]) Hartmann, Wechselrecht, S. 107, Anm. 6. R. O. H. G. Bd. 5, S. 267.

[2]) O. L. G. Marienwerder bei Seuffert, Bd. 56, S. 233 ff.

[3]) Ebenso Staub: W. O. § 8 zu Art. 95, S. 265. K. Müller in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrg. 1900, S. 497.

Aussteller einer Urkunde ist vielmehr derjenige, welcher die in der Urkunde enthaltene Erklärung durch Unterzeichnung des eigenen oder eines fremden Namens abgiebt, um sich selbst oder einen anderen (als Vertretenen) zu verpflichten. Dies lehrt eine Vergleichung des § 126 Abs. 1 mit § 92 Abs. 1 des ersten Entwurfes, aus dem § 126 hervorgegangen ist. § 92 Abs. 1 lautete:

„Ist durch Gesetz die schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Urheber der Willenserklärung eigenhändig unterschrieben .... sein."

Auch die Motive (Bd. I, S. 185) sprechen sich dahin aus, dass die Unterschrift vom Erklärenden eigenhändig bewirkt sein muss. Einer (bereits auf Seite 10, Anm. 2, citierten) Entscheidung des Oberlandesgerichts Marienwerder entnehmen wir darüber folgendes:

„Der Aussteller muss unterschreiben. Dies ist kein anderer als derjenige, der die schriftliche Erklärung in's Dasein ruft. Die schriftliche Erklärung steht hier auf derselben Stufe wie die mündliche. Wie im letzteren Falle durch die gesprochenen Worte, so wird im ersteren Falle durch die geschriebenen Worte eine Erklärung durch denjenigen hervorgerufen, der die Worte spricht oder die geschriebenen Worte als die seinen unterschreibt. In beiden Fällen ist derjenige, der die Worte — sei es mündlich oder schriftlich — zu einer Willenserklärung gestaltet, der Urheber der letzteren. ... Giebt ein Bevollmächtigter eine Erklärung — sei es mündlich, sei es schriftlich — für seinen Machtgeber ab, so ist nicht der letztere, sondern der erstere der Urheber der Erklärung."[1])

§ 4.

Wenden wir uns nun unserer Hauptaufgabe zu: der Untersuchung der Frage, in welcher Richtung sich die Thätigkeit dessen, der für einen anderen einen Wechsel unterzeichnet, bewegen kann, mit anderen Worten, ob die übliche Unterscheidung der Mitwirkung bei fremden Rechtsgeschäften in Vertretung und Gehülfenschaft auch für das Wechselrecht Anspruch auf Geltung hat. Es bedarf eigentlich keiner Er-

---

[1]) S. auch Goldmann u. Lilienthal: S. 119, ferner S. 127. Mugdan u. Falkmann, Bd. III, S. 351 (Kammergericht): „dass im Falle einer Vertretung des durch die Urkunde zu Verpflichtenden unter dem „Aussteller" der Vertreter zu verstehen ist, kann nicht bezweifelt werden." Jetzt auch R. G. E. Bd. 50, S. 55.

wähnung, dass wir, um zu unserem Ziele zu gelangen, zunächst im allgemeinen die Grenze zwischen Vertreter und Gehülfen festzustellen haben. Dabei dürfen wir aber eines nicht vergessen: wir begeben uns damit auf ein Gebiet, das trotz des grossen, auf seine Klarstellung verwendeten Fleisses auch in unserer Zeit noch zu den bestrittensten Gebieten des ganzen Privatrechts gehört. Es ist deshalb nur allzu richtig, wenn Leonhard[1]) sagt:

„Die Unterscheidung der Vertreter von den Vertragsgehülfen ist freilich so schwer zu treffen, dass bekanntlich sogar hervorragende Gelehrte geradezu die Büchse in das Korn geworfen haben, indem sie sich zu einem „ignorabimus" bekannten und behaupteten, dass hier eine auffindbare Grenzlinie schlechterdings nicht bestehen kann."

Von der Glossatorenzeit an bis in unsere Tage hat man sich bemüht, den Unterschied zwischen Vertretern und blossen Gehülfen, insbesondere Boten[2]) scharf zu markieren. So verschieden die Auffassung über den Begriff der Vertretung an sich, so verschieden die Anschauungen über den genannten Unterschied. Auf der einen Seite stehen diejenigen, welche geneigt sind, den Unterschied ganz zu leugnen. Der Hauptvertreter dieser Ansicht, Savigny[3]), fasste den Boten auf als den Vertreter, dessen Macht- und Entschliessungsbefugnisse auf ein Minimum reduciert sind. Andererseits war ihm der Vertreter nichts anderes als der flügge gewordene Bote. Er dachte sich den Vertreter und den Boten gleichsam eine Skala bildend, die beim Generalbevollmächtigten beginnt und, nach dem Umfang der Vollmacht sich abstufend, mit dem Boten schliesst.

Dazu bemerkt Mitteis[4]): „So erscheint der Bote im Sinne der älteren Theorie ... nur als eine besondere Species des allgemeinen Genus „Vertreter in Rechtsgeschäften". Sie steht den übrigen Unterarten dieses Genus völlig gleich und

---

[1]) Anfechtbarkeit. S. 13.

[2]) Da Schreiber und Boten auf vollständig gleicher Stufe stehen und nur Unterbegriffe des nächsthöheren Begriffes der „Gehülfen" sind, mag es verstattet sein, den Unterschied zwischen Stellvertreter und Boten in's Auge zu fassen, schon mit Rücksicht darauf, dass auch in der Litteratur meist nur ein Unterschied nach dieser Richtung gemacht wird. Diese Behandlungsweise erklärt sich daraus, dass der Bote die häufigste Erscheinungsform des Gehülfen bildet, dass er gewissermassen für den Begriff des Gehülfen typisch ist.

[3]) Das Obligationenrecht, Bd. II, Berlin 1853, S. 59.

[4]) Lehre von der Stellvertretung, S. 131.

hat vor anderen Vertretungsfällen nur das Charakteristische voraus, dass bei dieser der Wille des Vertreters in Beziehung auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts auf Null reduciert ist."

Es darf wohl behauptet werden, dass diese Lehre heut allgemein aufgegeben ist.[1]) Man ist sich darüber klar, dass ein Unterschied nicht nur dem Grade, sondern auch der Art nach besteht, nur über die Bestimmung der Grenzlinie sind die Meinungen geteilt. Es kann daher nicht als berechtigt anerkannt werden, wenn Planck[2]) darüber bemerkt:

„Die Frage, ob jemand Stellvertreter oder Bote ist, kann im einzelnen Falle thatsächlich zweifelhaft sein. Die rechtlichen Grundsätze, von denen die Entscheidung abhängt, sind unzweifelhaft."

Wir werden in den folgenden Paragraphen Gelegenheit haben, uns mit den Grundsätzen, von denen die verschiedenen Theorien die Entscheidung abhängig machen, zu beschäftigen, und es wird sich dabei die grundsätzliche Verschiedenheit der Ansichten über unsere Frage ergeben, ein Beweis dafür, dass die rechtlichen Grundsätze, nach denen die Entscheidung zu erfolgen hat, durchaus nicht „unzweifelhaft" sind.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat nichts zur Lösung dieser so sehr bestrittenen Frage beigetragen. Dass ihm der Unterschied bekannt ist, ist zweifellos. Dies geht sowohl aus den Motiven (Bd. I, S. 223, 203), als auch aus dem Gesetze selbst hervor, indem das Bürgerliche Gesetzbuch die Thätigkeit des Gehülfen, insbesondere des Boten nicht in den die Vertretung behandelnden 5. Titel aufgenommen hat, sondern

---

[1]) Es ist uns nicht unbekannt, dass auch in unseren Tagen angesehene Schriftsteller versuchen, den Unterschied zwischen Stellvertreter und Boten wegzuleugnen, z. B. Schlossmann, S. 52 f.: „Der Bote, der eine Botschaft im Auftrage des Absenders an einen Dritten ausrichtet oder eine Sache überbringt, das Telegraphenamt, dessen Angestellter die Depesche von der Aufgabestation nach dem Bestimmungsort übermittelt, ... ihrer aller Thätigkeit würde unter den Thatbestand der Vertretung fallen; und man wird hierin voraussichtlich einen Widerspruch mit der herkömmlichen Bedeutung von Vertretung finden". Aehnlich S. 47, wo er bezüglich der von Ihering vorgenommenen Scheidung in „juristische" und „faktische" Handlungen sagt: „Der künstlich geschaffene Gegensatz der „juristischen" und „faktischen" Handlungen besteht in Wahrheit ebensowenig, wie der ... künstlich in die römischen Rechtsquellen hineingetragene von „procurator" und „nuntius", und damit fällt für uns jede Veranlassung dahin, uns wegen Bestimmung der Grenze zwischen juristischen und faktischen Handlungen — ein ebenso hoffnungsloses Problem wie das der Scheidung von „Vertreter" und „Bote" — weiterhin Gedanken zu machen."

[2]) Kommentar, Anm. 2 zu § 164, S. 210.

sie im 2. Titel („Willenserklärung") in einem einzigen Paragraphen (§ 120) gesondert behandelt. Im übrigen hat das B. G. B. die Aufstellung der Unterscheidungsmerkmale der Wissenschaft überlassen, deren Haupttheorieen — (Theorieen in d i e s e m Sinne; im Gegensatz zu jenen Theorieen, welche eine Lösung der Frage bezwecken, wie man sich die Uebertragung der Wirkungen des vom Vertreter abgeschlossenen Geschäfts auf die Person des Vertretenen zu erklären habe) — uns in den folgenden drei Paragraphen beschäftigen werden.

§ 5.

Ein Teil der Schriftsteller neigt der Ansicht zu, dass das unterscheidende Merkmal einzig und allein in der Art des äusseren Auftretens zu suchen sei: gewinne der Dritte den Eindruck, dass der Erklärende die Erklärung als seine eigene, von ihm selbst gewollte abgebe, so habe er es mit einem Stellvertreter zu thun, mag im übrigen das Geschäft aus seinem eigenen Entschlusse hervorgegangen sein oder aus dem des Vertretenen, mag er eine Willenswahl haben oder nicht. Der Bote dagegen gebe schon durch die äussere Art der Abgabe der Erklärung zu erkennen, dass nicht er, sondern sein Auftraggeber diese Erklärung abgeben wolle. Der Stellvertreter äussert den eigenen Willen, der Bote den fremden.[1])

Nach dieser Theorie hängt alles von der rein zufälligen Form der Erklärung ab. Sagt jemand: mein Auftraggeber wünscht, diese Sache zu kaufen, dann ist er Bote. Sagt er dagegen: ich wünsche diese Sache im Namen meines Auftraggebers zu kaufen, dann ist er Vertreter. Es kommt also nach dieser Theorie darauf an, eine Formel zu finden, die für den ganzen Rechtsverkehr massgebend ist und den Dritten sofort erkennen lässt, in welcher Eigenschaft sein Gegner handelt.

Dass diese Theorie nicht die richtige ist, scheint auf der Hand zu liegen.[2]) Sie kann um so weniger gebilligt werden,

---

[1]) So besonders Laband in Goldschmidts Zeitsch. Bd. 10, S. 192: „Der Unterschied besteht darin, dass der Bote den Willen des Auftraggebers überbringt oder ausspricht und zwar als Willen des Auftraggebers, der Stellvertreter dagegen seinen eigenen Willen erklärt." Schliemann, eod. Bd. 16, S. 19: „Die Stellung des Bevollmächtigten zum dritten Kontrahenten, die allein für den Begriff des Boten und des Stellvertreters von Entscheidung ist...".

[2]) Ebenfalls dagegen Hellmann, Stellvertretung, S. 9 f. Hölder, Pandekten, S. 297: „Kein Unterscheidungsmerkmal des Boten und des Stellvertreters ist ihr äusseres Auftreten; es kann die Vollziehung der Willens-

als es nicht an Schriftstellern (besonders solchen, die den Vertretenen als den Kontrahenten auffassen) gefehlt hat, die auch in dem Stellvertreter nur ein Organ der Willensäusserung des Vertretenen erblicken[1]), wodurch dann jeder Unterschied zwischen Stellvertreter und Gehülfe verwischt wird.

§ 6.

Das Kriterium, durch das sich Stellvertreter und Boten unterscheiden, erblickt die herrschende Lehre in der grösseren oder geringeren Bestimmtheit ihres Auftrages. Während der Stellvertreter eine gewisse, mehr oder minder grosse Freiheit der Entschliessung bei seiner Thätigkeit habe, sei dies dem Boten infolge der durch den Geschäftsherrn selbst bereits erfolgten Entscheidung über das „Ob" und das „Wie" des Geschäfts versagt. Der Bote habe eben nur einen fremden Entschluss zu bethätigen, ohne im einzelnen Falle prüfen zu dürfen, ob die Vornahme seiner Handlung dem Interesse seines Auftraggebers entspreche, ob die Konjunkturen des Geschäfts günstige seien, ob es unter den gegebenen Verhältnissen zweckmässig sei, die Erklärung abzugeben. So vor allen Endemann[2]):

„Dem Vertreter ist damit die Stellung eines selbständig handelnden und entscheidenden Rechtssubjektes zugewiesen; er ist nicht nur Organ des Vertretenen, vielmehr hat er selbst

---

äusserung für den Vertretenen in der Form einer blossen Mitteilung seines Willens als eines bereits geäusserten und ebenso die Mitteilung der vollzogenen Willensäusserung in der Form einer Aeusserung des eigenen Willens als eines den fremden ersetzenden auftreten." S. 298, Anm. 1: „Ebenso unbegründet als undurchführbar ist es, wenn Zimmermann .... die Unterscheidung des Boten vom Stellvertreter davon abhängen lassen will, ob der Handelnde äusserlich als Subjekt eigener oder als Verkündiger fremder Willensäusserung auftritt."

[1]) Besonders Hellmann, S. 103 f., der „beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes durch einen Bevollmächtigten den Vollmachtgeber als den Abschliessenden bezeichnet, den Bevollmächtigten lediglich als einen Gehülfen zum Abschlusse des Rechtsgeschäftes", so dass er die Stellvertretung definiert als „das Rechtsverhältnis, in welchem ein hierzu Ermächtigter zum Abschlusse von Rechtsgeschäften in der Weise Beihülfe leistet, dass er anstatt des Vollmachtgebers dessen rechtsgeschäftlichen Willen zur äusseren Erscheinung bringt." Nach Hellmann (S. 21) ist auch der Stellvertreter „Gehülfe der Willenserklärung, auch er entwickelt für, d. h. im Interesse des Vertretenen eine Thätigkeit, die eine Willenserklärung des Vertretenen herstellen hilft, wie sie ein Rechtsgeschäft des Vertretenen erheischt, er ist Willensäusserungsorgan höherer Art." Ebenso Savigny a. a. O. S. 59: „In eben diesen Fällen wird der Vertrag von mir, durch meinen Willen geschlossen, und der Vertreter ist bloss der Träger dieses meines Willens."

[2]) Einführung S. 341 f., ferner S. 343.

im Falle eines genau specialisierten Auftrages zu prüfen, ob er nach Lage der Dinge, wie er sie vorfindet und erkennt, die Willenserklärung nach dem Sinne des Auftraggebers abzugeben hat oder nicht."

In demselben Sinne entscheiden die Motive (Bd. I S. 223): „Im allgemeinen wird festzuhalten sein, dass, soweit der Person, deren man sich bedient, eine Willenswahl offen gelassen ist, die Grundsätze von der Stellvertretung Platz zu greifen haben.[1])

Die communis opinio verlangt also, dass dem Vertreter eine Entscheidung entweder bezüglich der Vornahme oder des Inhalts des Geschäfts überlassen ist.

Es mag zugegeben werden, dass in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle die Freiheit der Entschliessung ein ausreichendes Kriterium für die Vertretung bietet. Einen für alle Fälle entscheidenden Charakter vermögen wir ihr aber nicht zuzuerkennen. Die konsequente Durchführung dieser Theorie führt zu Resultaten, die wir nicht billigen können, wie sich aus folgenden Beispielen ergiebt:

In der Absicht, ein bestimmtes Grundstück zu kaufen, habe ich mich mit dem Eigentümer desselben in Verbindung

---

[1]) In ähnlicher Weise unterscheidet Wendt, Pandekten, S. 118. Dernburg, Pandekten, 5. Aufl., Berlin 1896, Bd. I, § 117, S. 276. Kipp in seiner Bearbeitung der Windscheid'schen Pandekten, Bd. I, S. 296, Anm. 1. Hölder im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 73, S. 112. Derselbe, Pandekten, S. 296. Auf die von den beiden letztgenannten Schriftstellern gemachten Ausnahmen wird später (§ 12) zurückzukommen sein. Leonhard, Anfechtbarkeit, S. 15 ff., schränkt die Freiheit der Entschliessung auf den Inhalt des Geschäftes ein. Nicht derjenige sei Stellvertreter, der entscheidet, ob ein Rechtsgeschäft von bestimmtem Inhalt zustande kommen soll oder nicht, sondern nur derjenige, der den Inhalt desselben bestimmt. Er erläutert dies an folgendem Beispiel: Es mietet jemand eine Wohnung zu einem bestimmten Preise, macht aber die Perfektion des Vertrages von der Zustimmung seiner Frau abhängig. Hier bestimmt die Frau, ob der Vertrag überhaupt zustande kommen soll, vertritt also ihren Mann gerade im Geschäftsschliessungswillen. Trotzdem bezeichnet sie Leonhard nur als Vertragsgehülfin. Wenn dagegen in demselben Beispiel die Frau die Wohnung erst hätte suchen resp. für die von ihrem Manne ausgesuchte Wohnung erst den Mietpreis hätte bestimmen müssen, dann wäre sie in wahrem Sinne Vertreterin ihres Mannes gewesen. Das Kennzeichen der wahren Vertretung besteht nach Leonhard darin, dass sie für den Geschäftsherrn stets „in gewisser Hinsicht ein Sprung ins Dunkle" ist (S. 18). „Der Vertreter erspart dem Herrn... nicht bloss die endgültige Zustimmung, sondern auch die vorherige Kenntnisnahme von dem Geschäftsinhalte, mit anderen Worten die entscheidende Vorprüfung dieses Geschäftsinhaltes, er vertritt ihn im Willen zur entscheidenden Vorprüfung der dem Herrn unbekannten Geschäftsnorm."

gesetzt und mit ihm die Bedingungen, unter welchen der Verkauf stattfinden soll, verabredet. Um mir die Sache noch einmal zu überlegen, habe ich den Vertrag noch nicht abgeschlossen. Inzwischen werde ich krank. Da ich aber jetzt entschlossen bin, das Grundstück zu kaufen, und dies keinen Aufschub duldet, schicke ich meinen Sohn, um den nach § 313 B. G. B. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürftigen Uebereignungsvertrag mit dem Eigentümer unter den früher vereinbarten Bedingungen abzuschliessen.

Hier ist der Auftrag so specialisiert wie möglich. Ich habe meinem Sohn die Person des Gegenkontrahenten, das Kaufobjekt, den Preis vorgeschrieben. Er hat sich jeder selbständigen Prüfung zu enthalten, nichts von seinen Entschlüssen hinzuzuthun. Er bestimmt weder, ob das Geschäft überhaupt realisiert werden soll, noch unter welchen Bedingungen. Werden wir ihn deshalb als Boten bezeichnen?

Für den umgekehrten Fall möge ein Beispiel Savignys[1]) herangezogen werden: Ich habe bei einem Pferdehändler ein Pferd zu 100 gesehen, konnte mich aber noch nicht zum Kauf entschliessen. Später schicke ich einen Freund zum Pferdehändler, um jenes Pferd zu 100 für mich zu erstehen. Gleichzeitig bitte ich ihn, zu versuchen, ob er den Preis auf 90 herunterhandeln könne. Wird er nun, wenn ihm dies gelingt, zu meinem Vertreter?

Gegen die herrschende Lehre, nach welcher die Selbstbestimmung, die Freiheit des Entschlusses das den Unterschied zwischen Stellvertreter und Gehülfen Bestimmende ist, hat sich u. a. Rehbein[2]) ausgesprochen:

„Auf die grössere oder geringere Selbständigkeit des Vertreters bei der Willensfassung kann es nicht ankommen. Vertreter ist auch der, dem die Formel der Willenserklärung oder das Detail des Geschäfts so genau vorgeschrieben ist, dass er selbständig nichts mehr zu entschliessen hat."

§ 7.

Nun, wird man fragen, wenn also auch die Selbständigkeit des Vertreters bei Abschluss des Geschäfts nicht das

[1]) a. a. O. S. 57 f.

[2]) Bürgerl. Gesetzb. Anm. I, 3 zum Titel „Stellvertretung" S. 250, ferner Laband a. a. O. S. 190, Leonhard: Allgem. Teil S. 296, Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1899, Bd. I, S. 216: „Uebrigens sind die Begriffe „Vertreter" und „Bote" flüssig und gehen ineinander über. Scharf wäre ihre Unterscheidung, wenn man sagen könnte, der Bote trüge zu dem Willen, welchen seine Aeusserung kundgiebt, gar nichts bei, er wäre nur ein Werkzeug des Absenders. Allein so liegt die Sache nicht."

unterscheidende Merkmal ist, worin ist es denn sonst zu finden? Vielleicht wird man auch fragen, was uns berechtigt, in den obigen Beispielen in dem einen Falle Stellvertretung, im anderen blosse Gehülfenschaft anzunehmen.

Wir glauben, auf diese Fragen keine bessere Antwort geben zu können, als indem wir uns zur Bestätigung unserer Ansicht auf die Theorie desjenigen Schriftstellers berufen, dessen Untersuchungen für unsere Frage bahnbrechend gewesen sind und die trotz vielfacher Anfeindungen, insbesondere von seiten Leonhards[1]), Ungers[2]) und Labands[3]) bis heute ihre Geltung zu behaupten vermocht haben: Rudolfs von Ihering.[4]) Nur eine Verkennung der einzelnen Stadien, in denen sich eine Obligation entwickelt, konnte, wie weiter unten zu zeigen versucht werden wird, Laband und Unger zu ihren Angriffen auf die Ihering'sche Theorie veranlassen.

Nach Ihering zerfallen alle Handlungen in „juristische" und „faktische". Erstere sind solche, welche juristische Wirkungen hervorbringen, wie z. B. die Aneignung, Specifikation, Kauf etc. „Faktische" sind solche, bei denen dies nicht der Fall ist, wie z. B. beim Essen, Trinken, bei der Anfertigung einer wissenschaftlichen Arbeit etc. Sie scheiden aus unserer Betrachtung aus. In der juristischen Handlung haben wir wiederum die „specifisch juristischen" und „faktischen Elemente" zu unterscheiden. Die ersteren sind solche, welche zum Zustandekommen des Geschäfts nicht bloss faktisch, sondern „juristisch notwendig" sind. Z. B. ich kaufe eine Uhr: das specifisch Juristische hierbei ist der Vertrag, das nur faktisch, nicht juristisch Notwendige ist die Uebergabe. Dass der Vertrag das juristisch Notwendige ist, erkennen wir daran, dass ohne ihn die sich daran anschliessende Handlung juristisch nicht möglich ist. Dass dagegen die Uebergabe nur faktisch notwendig ist, d. h. also gegenüber dem Vertrage ganz in den Hintergrund tritt, ersieht man daraus, dass die Art und Weise, in welcher ich in den Besitz der Uhr gelange, gleichgültig ist. Ob ich sie mir selbst nehme oder ob sie mir der Verkäufer übergiebt, macht keinen Unterschied.

Diese Unterscheidung in juristisch und faktisch notwendige Elemente eines Rechtsgeschäfts ist, so fährt Ihering

---

[1]) Anfechtbarkeit, S. 14.
[2]) System S. 130, Anm. 3.
[3]) a. a. O. S. 191 f.
[4]) in seinen Jahrbüchern Bd. I, S. 273 ff.

fort, bestimmend für die Eigenschaft der dabei mitwirkenden Person. Nur wer mich in der Vornahme einer juristisch notwendigen Handlung vertritt, ist mein Vertreter im juristischen Sinne. Deshalb ist die Thätigkeit des Boten, der meine Willenserklärung überbringt, nur eine faktisch notwendige. Denn dasjenige, worauf meine Verpflichtung basiert, ist die Abgabe meiner Willenserklärung. In welcher Weise der Dritte von meiner Willenserklärung Kenntnis erhält, ob durch den Boten selbst oder durch einen Dritten, der meine dem Boten gegenüber abgegebene Erklärung gehört hat, oder durch denjenigen, der den vom Boten verlorenen, meine Willenserklärung enthaltenden Brief meinem Kontrahenten überbringt, ist gleichgültig.

Ebenso ist unter Anwesenden eine derartige Hülfsthätigkeit eines Dritten denkbar; sie wird von demjenigen geübt, der als Dolmetscher fungiert, der die Verhandlungen der Parteien leitet, der die schriftbedürftige Erklärung einer Partei niederschreibt. In allen diesen Fällen ist die Thätigkeit des Dritten nur eine unterstützende, keine ersetzende.

Schälen wir aus der Theorie Iherings den Kern heraus, so finden wir: Stellvertreter ist derjenige, der das specifisch-juristische Element eines Rechtsgeschäftes im Namen eines anderen verwirklicht, mit anderen Worten derjenige, der die Basis, die causa eines Geschäfts schafft, ohne welche das Geschäft keinen Bestand hat. Seine Arbeitsleistung muss das Selbstthätigwerden der Partei in specifisch-juristischer Beziehung ersparen. Muss derjenige, der sich einer solchen Person bedient, noch selbst thätig werden, um die Basis der Verpflichtung zu schaffen, so kann ein Dritter nur noch als Gehülfe, nicht als Vertreter mitwirken. Darin beruht ja eben der Zweck jeder Stellvertretung, dem anderen, für den wir thätig werden, eine Arbeit zu ersparen, die er sonst notwendigerweise selbst vornehmen müsste, aber aus irgend welchen Gründen nicht vornehmen kann (jugendliches Alter, Geisteskrankheiten) oder will (Bequemlichkeit). Das gilt sowohl allgemein für die Vertretung, als insbesondere für die juristische. Es ist, fast möchte man sagen, ein trivialer Satz, aber doch ein Satz von nicht zu unterschätzender Bedeutung, welchen Wendt[1]) ausspricht:

„Durch Stellvertretung wird also eigenes Handeln dessen, den die Sache angeht, entbehrlich, und darin liegt für das

[1]) Pandekten S. 118.

Leben der Grund, weshalb Stellvertretung sowohl erstrebt als aufgedrängt wird."

Welche Bedeutung diesem Satz beizumessen ist, wird vielleicht durch einen Hinweis darauf um so augenfälliger, dass ein so hervorragender Jurist, wie Leonhard, soweit gegangen ist, von diesem Satze die Entscheidung abhängen zu lassen, ob im konkreten Falle Stellvertretung oder blosse Gehülfenschaft vorliegt. Er sagt darüber[1]):

„Die Lösung dieser Aufgabe (sc. die Grenze zwischen Stellvertreter und Gehülfen zu markieren) hat es (sc. das bürgerliche Gesetzbuch) schlechterdings der Wissenschaft überlassen, die sie nur aus dem Zwecke der Gesetzesvorschriften über Vertretung finden kann. Dieser ist: Geschäfte durch Vertreter zu ermöglichen, die ohne besondere Vorschrift nur vom Geschäftsherrn würden vorgenommen werden können. Da nun jeder nur über seinen Herrschaftskreis geschäftliche Verfügungen treffen darf, so enthält die Stellvertretung die Vornahme eines Geschäftsaktes, nämlich den Abschluss eines Geschäftes über einen fremden Herrschaftskreis. Eine Hülfsthätigkeit, die dem Herrn die Bekräftigung des Geschäftsinhaltes, also den eigentlichen Geschäftsabschluss nicht erspart, kann nur Geschäftsbeihülfe, nicht Stellvertretung sein."

§ 8.

Wir hatten bereits früher darauf hingewiesen, dass auch die Ihering'sche Theorie, wie vielleicht alle Theorieen, von heftigen Angriffen nicht verschont geblieben ist. Man hat ihr insbesondere vorgeworfen, sie behelfe sich „mit Formeln, welche um ihrer Unbestimmtheit willen höchstens als vorläufige Abschlagszahlungen angenommen werden können". [2]) Man hat ihr ferner zum Vorwurf gemacht, dass die Scheidung in juristische und faktische Bestandteile eines Geschäfts nicht durchführbar sei; was in dem einen Falle einen juristischen Bestandteil des Geschäfts bilde, sei in dem anderen nur ein faktischer.[3])

Da wir uns der von Ihering ausgebauten Lehre angeschlossen haben, können wir uns auch nicht der Pflicht entziehen, zu versuchen, die Angriffe ihrer Gegner zurück-

[1]) Allgem. Teil, S. 298.

[2]) Leonhard, Anfechtbarkeit, S. 14, Schlossmann, Stellvertretung, S. 47 ff.

[3]) Leonhard, eod. S. 14: „Es fehlt jedoch in Wahrheit weder der Vertretung die faktische Natur, noch der Botschaft die juristische Bedeutsamkeit"; ferner Laband a. a. O. S. 191 f., Unger, Syst., S. 130, Anm. 3.

zuweisen. Wir werden hierbei nur dann auf einigen Erfolg rechnen dürfen, wenn wir die Obligation in ihren einzelnen Entwickelungsstadien[1]) verfolgen, so dass wir schliesslich in den Stand gesetzt sind, die Thätigkeit der dabei mitwirkenden Personen als eine „specifisch-juristische" oder als bloss „faktische" zu charakterisieren.

Der Wille kommt für die Rechtsordnung nur in Betracht, soweit er erklärt ist, soweit er also aus einem Internum zu einem für die Aussenwelt erkennbaren Externum geworden ist. Aber auch wenn er erklärt ist, wird er von der Rechtsordnung nicht unter allen Umständen berücksichtigt, sondern nur dann, wenn er von dem Erklärenden mit der Bestimmung erklärt ist, eine Rechtsveränderung in der Aussenwelt herbeizuführen. Er bleibt also noch unberücksichtigt, so lange er sich im Stadium der „Formulierung ihres Inhaltes"[2]) befindet, so lange er von dem Erklärenden noch nicht die oben bezeichnete Bestimmung erhalten hat. Ist dies der Fall, dann ist die Willenserklärung „vollzogen". Bis zu dem Augenblick, wo die Erklärung „vollzogen" ist, und von diesem Augenblick ab kann die Thätigkeit eines Dritten nur noch in der Leistung von Gehülfendiensten bestehen, denn den „juristischen Kern der Handlung" (Ihering) bildet die zum Empfang für den Dritten reife Erklärung: sie kann nur vom Geschäftsherrn selbst oder seinem Vertreter vorgenommen werden, nie von einem Gehülfen.[3])

[1]) Es mag hierzu bemerkt sein, dass wir die schärfste diesbezügliche Unterscheidung bei Hölder, Pandekten § 41, gefunden haben.

[2]) Hölder, Pand., S. 214.

[3]) Hölder, Pand., S. 214, scheidet folgendermassen: „Dagegen ist die Vollziehung der Erklärung unabhängig von ihrem Empfang, von der wirklichen Existenz ihres Inhaltes für das Bewusstsein derjenigen Personen, welchen sie gilt. Dies ist auch dann der Fall, wenn nach der Bestimmung des Rechts oder des Privatwillens die massgebende Bedeutung der Erklärung durch ihren Empfang bedingt ist." S. 219, Anm. 4: „Auf der anderen Seite ist von der Vollziehung der Willenserklärung ihr Empfang zu unterscheiden. Ist durch diesen ihre rechtliche Bedeutung bedingt, ... so gelangt sie zur Vollendung zwar nicht ohne ihren Empfang, aber doch nicht als eine jetzt erst vollzogene ..." Vgl. auch Hölders Abhandlung im Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 73, S. 112 f. Ebenso Düringer und Hachenburg, S. 23 f. Bei der Wahl, ob die Willenserklärungen als „adressierte" und „nicht adressierte" oder als „empfangsbedürftige" und „nicht empfangsbedürftige" technisch zu bezeichnen seien, komme es darauf an, ob man den Nachdruck auf die „Vollendung der Willenserklärung" oder auf ihre „Wirksamkeit" lege. Insbesondere bedürften die sog. empfangsbedürftigen Erklärungen zu ihrer Vollendung weniger des „Empfanges" als der „Abgabe gegenüber dem anderen." „Nur um wirksam zu werden, müssen sie dem anderen zugehen." Vgl. auch B. G. B. § 130.

Wir möchten deshalb die Entwickelung der Obligation in folgende Stadien zerlegen:

1. Zustand der Unreife (Hölder nennt ihn „blosse Formulierung des Inhaltes der Erklärung", „blosse Vorbereitung");

2. Zustand der Reife (nach Hölder „Vollziehung der Erklärung"), der mitwirkende Dritte ist Vertreter;

3. Perfektion der Verpflichtung (nach Hölder „Empfang" resp. „Wirksamkeit"), der mitwirkende Dritte ist nur Gehülfe.

Wann ist nun aber im Einzelfall die Willenserklärung vollzogen, die Obligation also in das von uns als Zustand der Reife bezeichnete Stadium getreten?

Was zunächst die formlosen Rechtsgeschäfte anbelangt, so ist bei Verträgen inter praesentes die Erklärung an den Gegner, bei Verträgen inter absentes die Weisung an den Boten der entscheidende Moment.[1])

Schwieriger ist die Frage bei Willenserklärungen, die der Schriftform bedürfen. Ist hier die Willenserklärung vollzogen mit der Niederschrift oder erst mit der Begebung der Urkunde? Wir werden uns mit der herrschenden Meinung für das letztere entscheiden müssen, denn erst mit der Begebung hat die Erklärung seitens des Erklärenden die Bestimmung erhalten, von dem Gegner acceptiert zu werden. Schultze[2]) führt dies in folgender Weise aus:

„Sie (sc. die Schrift) ist zwar sinnlich — und zwar dauernd — wahrnehmbare Fixierung eines Gedankens, aber sie ist an und für sich niemals Mitteilung eines solchen an andere; beide Akte fallen hier — sofern der zweite überhaupt erfolgt — immer auseinander. Die Schrift als solche richtet sich nur an das tote und geduldige Papier und ist, so lange sie nur dieses thut, selbst tot. Die Niederschrift an sich — mag sie einen Inhalt haben, der unter Umständen von der grössten rechtlichen Erheblichkeit werden kann — ist für sich selbst ein rechtlich bedeutungsloser Akt; denn sie ist für sich selbst niemals Entäusserung einer Erklärung; wie sie wirkungslos dasteht, kann sie wirkungslos wieder vernichtet werden. Schreiben an sich ist wie Denken ein rein interner Akt, es hat so wenig rechtliche Bedeutung, wie etwa eine Unterhaltung mit meinem Jagdhunde oder ein auf einsamem Berge in die Luft gerufenes Versprechen. Die Schrift kann rechtliche Bedeutung immer nur gewinnen durch andere, ausser ihr

[1]) Hölder, Komment., Anm. 1 zu § 165, S. 359. Vgl. B. G. B. § 130.
[2]) in Grünhuts Zeitsch. Bd. 22, S. 89 f.

selbst liegende Umstände, welche eine Entäusserung des Geschriebenen in sich schliessen."[1])

In diesem Lichte betrachtet, verdient die Ihering'sche Zerlegung eines Rechtsgeschäfts in „juristische" und „faktische Elemente" und die Bezeichnung der Mitwirkung eines Dritten als „juristisch" oder „faktisch notwendig" nicht nur aufrecht erhalten, sondern als durchaus treffend und korrekt bezeichnet zu werden.

§ 9.

Wenden wir uns nunmehr dazu, das gewonnene Resultat für das Wechselrecht zu verwerten.

Wir führten aus, dass Vertreter nur derjenige ist, welcher das specifisch-juristische Element eines Rechtsgeschäft realisiert, d. h. der, welcher eine Willenserklärung für einen anderen in dessen Namen vollzieht; wir bezeichneten infolgedessen alle übrigen bei einem Rechtsgeschäft mitwirkenden Personen als blosse Gehülfen.

Welches nun dieses specifisch-juristische Element beim Wechselgeschäft sei, darüber gehen die Meinungen auseinander. Einen grundsätzlich entgegengesetzten Standpunkt nehmen — wie weiter unten (§ 11) auszuführen ist — die Vertrags- und die Creationstheorie ein, insofern nämlich, als dasjenige, was die eine Theorie als das specifisch-juristische ansieht, für die andere etwas rein Thatsächliches ist. Daraus ergiebt sich nicht nur die Möglichkeit, sondern vielmehr die Notwendigkeit einer divergierenden Entscheidung der Frage, ob im Einzelfall Vertretung oder blosse Gehülfenschaft vorliegt. Es wird deshalb unsere nächste Aufgabe sein, zu dieser Frage Stellung zu nehmen.

Geht man von der Vertragstheorie aus, so stösst man auf Schwierigkeiten, die die Vertragstheorie, in welcher Modifikation sie auch auftreten mag, nicht zu beseitigen imstande ist.

Die Hauptschwierigkeit liegt bekanntlich darin, eine Erklärung zu finden für die Verpflichtung des Ausstellers gegenüber seinen mittelbaren Nachmännern bei mangelndem Begebungsvertrage. Die zahlreichen Versuche — von denen

[1]) Ebenso Windscheid im Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 36, S. 80 („Wille und Willenserklärung"), Endemann, Einführung, S. 273, mit einer Ausnahme für die Inhaberpapiere (B. G. B. § 794) in Anm. 13. Regelsberger, civilrechtliche Erörterungen, S. 5, Rehbein: bürgerl. Recht, Anm. IV zum Titel „Willenserklärung", S. 155. Aehnlich: Hölder, Komment., Anm. 1 zu § 126, S. 280.

hier nur die wichtigsten erwähnt seien — hier einen Ausweg zu finden, müssen als ausserordentlich künstlich und, was schlimmer ist, auch als unbefriedigend bezeichnet werden.

Thöl[1]) sucht dies auf folgende Weise zu erklären:

„Der Wechselvertrag zwischen dem Vormann (Trassant, Indossant) und einem mittelbaren Nachmann wird vermittelt durch den Zwischenmann oder die Zwischenmänner; er wird aber nicht durch sie als Mandatare oder negotiorum gestores geschlossen, ...sondern er wird direkt zwischen dem Vormann und jedem mittelbaren Nachmann geschlossen, der Zwischenmann überbringt nur die auf dem Papier stehende Willenserklärung (das Wechselversprechen) des Vormannes an den Nachmann, wie ein Bote, wie ein Brief."

Auch dieser Ausweg hilft nicht über die Schwierigkeit hinweg, wenn der geschäftsunfähige Indossant gar nicht in die Lage kommt, seine Boten- oder Briefträgerthätigkeit auszuüben, weil ihm vorher der Wechsel gestohlen und von dem Diebe mit dem gefälschten Indossament dem gutgläubigen Dritten indossiert wird. Hier erwirbt letzterer, ohne dass der Indossant auch nur als Bote fungiert hat, Wechselrechte gegen den Trassanten. Dies ergiebt sich aus Art. 74, nach welchem der gutgläubige, nach Art. 36 legitimierte Indossatar nicht zur Herausgabe des Wechsels angehalten werden kann, womit zugleich ausgesprochen ist, dass er das Eigentum an der Wechselforderung erwirbt.[2])

Auf eine andere Weise sucht Goldschmidt[3]) die wechselmässige Verpflichtung des Wechselschuldners gegenüber seinem mittelbaren Nachmann zu erklären: Nach seiner Ansicht liegt in dem Vertrage, den der Wechselschuldner mit seinem unmittelbaren Nachmann schliesst, gleichseitig das einseitige, nach Gewohnheitsrecht bindende Versprechen, allen späteren, vorläufig noch unbestimmten Erwerbern des Wechsels haften zu wollen. Es handelt sich also dabei um einen „Vertrag nicht mit einem unbestimmten Dritten, sondern mit einer bestimmten Person zu gunsten dieser Person und eines weiteren, noch unbestimmten Personenkreises, derart, dass jede diesem Kreise angehörige Person ein selbständiges, nicht von einem der früheren Nehmer abgeleitetes Recht gegen den Aussteller des Papiers erlangt. Es handelt sich so um Begründung successiver Rechte."

---

[1]) Wechselrecht, S. 477.

[2]) Vgl. darüber die Ausführungen Rehbeins zum Art. 74, S. 107 ff.

[3]) in seiner Zeitschrift Bd. 28, S. 111.

Man wird dieser allerdings geistreichen Konstruktion nicht gerade nachrühmen können, dass sie eine natürliche, sich von selbst ergebende ist.[1]) Sie scheitert aber daran, dass, da ein erster Vertrag die notwendige Voraussetzung für die Haftung gegenüber den späteren Erwerbern ist, beim Nichtvorhandensein eines solchen diese Haftung entfällt. Goldschmidt selbst ist dieser Mangel seiner Theorie nicht entgangen. Er hat demselben dadurch abzuhelfen gesucht, dass er in einer äusserst gezwungenen Weise hier einen Unterschied macht zwischen den Fällen, dass die Ungültigkeit des Vertrages in der Verpflichtungsunfähigkeit des Ausstellers resp. in der Erwerbsunfähigkeit des ersten Nehmers ihren Grund hat. Konsequenterweise könnte in beiden Fällen keine Verbindlichkeit des Ausstellers gegenüber den späteren Indossataren entstehen; nach Goldschmidt tritt diese Konsequenz nur im ersten Falle ein. Im zweiten Falle „realisiert sich zwar der Verpflichtungswille des Ausstellers nicht zu Gunsten des Vertragsgegners, aber zu Gunsten aller späteren redlichen Papiererwerber". Goldschmidt sieht sich wie Thöl dazu gedrängt, in diesem Falle dem ersten Nehmer die Stellung einer blossen Mittelsperson, eines Werkzeuges zuzuweisen, „dessen juristische Qualifikation, insbesondere eigene Erwerbsfähigkeit in dieser Hinsicht somit völlig unerheblich ist."

Uns scheint mit diesem Verzicht auf die Geschäftsfähigkeit des einen Kontrahenten die ganze Theorie vom Vertrage aufgegeben. Die Goldschmidt'sche Auffassung ist nichts anderes als die Emissionstheorie mit der Besonderheit, dass der angebliche Gegenkontrahent des Ausstellers als Mittel dient, um die Emission zu bewirken.[2]) Ausserdem vermisst man bei Goldschmidt wie bei Thöl eine Aufklärung darüber, weshalb der Aussteller auch bei unfreiwilligem Besitzverlust dem gutgläubigen Erwerber haftet.

Von den zahlreichen Lösungen, die in unserer Frage versucht sind, möge noch die von Gierke[3]) gegebene hervorgehoben werden. Der Gierke'sche Versuch ist deshalb besonders interessant, weil an ihm die vergeblichen Bemühungen zur Rettung der Vertragstheorie mit besonderer Deutlichkeit zu Tage treten.

[1]) Auch Gierke in Goldschmidts Zeitsch., Bd. 28, S. 259.

[2]) Carlin in Goldschmidts Zeitsch., Bd. 36, S. 13: „Die Begebungstheorie muss von dem ersten Nehmer mehr verlangen, als sie von einem blossen „Boten" oder Briefträger fordern würde, sonst verliert sie ihren Charakter und geht in die „Emissions"- oder gar in die „Creationstheorie" über.

[3]) In Goldschmidts Zeitsch., Bd. 28, S. 257 ff.

Nach Gierke zerfällt der Begebungsvertrag „in zwei disparate und selbständige Akte", welche sich als Antrag und Annahme darstellen, aber mit der Eigentümlichkeit, dass es für die Entstehung der Verbindlichkeit „unerheblich ist, an wen man gibt und von wem man nimmt: genug, wenn das Papier vom Aussteller fortgegeben und von einer nach Inhalt des Papiers zu dem Erwerb des fraglichen Rechts fähigen zweiten Person angenommen ist." Gierke beseitigt damit allerdings einen Mangel, der der von Goldschmidt gegebenen Erklärung anhaftet, nämlich den, dass im Falle der Erwerbsunfähigkeit des ersten Nehmers ein Vertrag nicht zustande kommt, mithin die späteren Nehmer ihre Rechte nicht aus dem Vertrage mit dem ersten Nehmer herleiten können. Nach Gierke ist der erste Nehmer „der erste erwerbsfähige Nehmer". Erst dieser acceptiert die Offerte des Ausstellers. Die Gierke'sche Theorie ist auch insofern ausgiebiger, als sie eine Begründung dafür bietet, weshalb der Aussteller auch bei irrtümlicher Hingabe des Papiers an den gutgläubigen Dritten haftet, sie lässt uns aber ebenfalls im Stich bezüglich der Begründung dieser Haftung bei unfreiwilligem Besitzverlust.

Für den Zweck der vorliegenden Arbeit mag es genügen, nur noch auf e i n e n Punkt hinzuweisen, der geeignet ist, ernste Bedenken gegen die Vertragstheorie zu erregen.[1])

Bei einer Tratte an eigene Ordre ist ein Begebungsvertrag zwischen Trassanten und Remittenten nicht möglich. Den Begebungsvertrag schliesst der Aussteller in seiner Eigenschaft als Indossant mit dem ersten Indossatar. Er verliert dadurch den Charakter des Trassanten und erscheint nur noch als Indossant. Darf er nun seine Ausstellerverpflichtung durch die dem Indossanten concedierte Klausel „ohne Obligo" (Art. 14) beschränken? Nach der Vertragstheorie würde dies zulässig sein, da die Wechselverpflichtung erst durch die Begebung begründet wird und zwar unter den durch den Begebungsvertrag supponierten Voraussetzungen. Da aber im Begebungsvertrage der Trassant in der Rolle des Indossanten die Haftung abgelehnt hat, so mögen die Wechselgläubiger sehen, wo sie mit ihren Ansprüchen gegen den Trassanten bleiben. Jedesmal, wenn sie versuchen werden, ihn zu fassen, wird er in das Gewand des Indossanten schlüpfen und seinen Gläubigern eine Nase drehen!

---

[1]) Der Fall ist der Kuntzeschen Bearbeitung des Wechselrechts in Endemanns Handbuch, Bd. IV, Abt. 2, S. 79 entnommen.

§ 10.

Diesen schwerwiegenden Bedenken gegenüber haben wir uns nicht entschliessen können, der Vertragstheorie beizutreten. Dagegen ist unseres Erachtens die Creationstheorie, insbesondere die Grünhut'sche Redlichkeitstheorie, sehr wohl imstande, die Schwierigkeiten, die sich der Vertragstheorie in den Weg stellen, zu beseitigen, und weit eher als die Vertragstheorie dazu angethan, dem Geiste der Wechselordnung gerecht zu werden.

Man hat der Creationstheorie hauptsächlich zum Vorwurf gemacht, „dass ihre erste und notwendigste Konsequenz — die Entstehung eines Forderungsrechtes für den Remittenten, welcher einen dem Aussteller gestohlenen Wechsel gutgläubig erwirbt, — mit den Bestimmungen der Wechselordnung im Widerspruch stehe.[1])

Allerdings ist in Art. 36 und Art. 74 W. O. des gutgläubigen Remittenten mit keinem Worte gedacht, und zwar aus folgenden Gründen: Der angezogene Art. 36 regelt die Legitimation des Indossatars, dessen Name auf dem Wechsel nicht erscheint. Für den Remittenten war mit Rücksicht auf Art. 4 Ziff. 3 W. O. eine derartige Bestimmung überflüssig. Da es nun unbillig erschien, den nach Art. 36 allerdings legitimierten, aber bösgläubigen Indossatar in seinem formellen Rechte zu schützen, machte man im Art. 74 eine Ausnahme zu Gunsten des materiellen Rechts. Nichts hindert uns, das im Art. 74 zum Ausdruck gelangende Prinzip des Schutzes des guten Glaubens auf den Remittenten analog auszudehnen. Wenn Lehmann also sagt, „nach den Bestimmungen des Art. 36 legitimiert sei nur der Inhaber eines indossierten Wechsels", dagegen sei „nach den Bestimmungen des Art. 36" der Remittent nicht legitimiert, so scheint darin eine Verkennung der Absicht, die den Gesetzgeber bei Abfassung des Art. 36 leitete, zu liegen. Denn Art. 36 wollte — wie Lehmann irrtümlicherweise anzunehmen scheint — gar keine Bestimmung darüber treffen, wer überhaupt legitimiert sei, sondern nur darüber, wann ein Indossatar legitimiert sei. Lehmann hat also kein Recht, von einer „in Art. 74 erfolgten verschiedenen Behandlung beider Personen" zu sprechen.

Sehr entschieden und mit eingehender Begründung hat

---

[1]) H. Lehmann, Wechselrecht, S. 172, 177, 213. Derselbe: Festgaben, S. 300 f.

sich insbesondere Grünhut[1]) gegen die Angriffe Lehmanns auf die Creationstheorie gewendet. Ausser den von uns angeführten Gründen macht Grünhut gegen Lehmann geltend:

„Selbst wenn man mit Lehmann annimmt, dass Art. 74 wörtlich zu nehmen und auf den Remittenten keine Anwendung finde, so würde daraus nur folgen, dass der Remittent auch bei bösgläubigem oder grobfahrlässigem Erwerbe zur Herausgabe des Wechsels nicht angehalten werden könne, nicht aber, dass der gutgläubige Remittent nicht geschützt sei. Angenommen, dass Art. 74 in der Wechselordnung nicht stände, so wäre doch kein Zweifel, dass der nach Art. 36 legitimierte Indossatar bei gutgläubigem Erwerbe nicht angehalten werden könnte, den Wechsel herauszugeben; nur bei dem bösgläubigen, durch eine äusserlich zusammenhängende Kette legitimierten Indossatar bliebe ein Zweifel übrig, den eben Art. 74 abzuschneiden bestimmt ist. Ebenso ist es aber rücksichtlich des Remittenten, selbst wenn Art. 74 auf ihn keine Anwendung fände, ganz unzweifelhaft, dass er, sobald er in gutem Glauben ist, zur Herausgabe des Wechsels nicht verpflichtet ist; es bliebe nur ein Zweifel rücksichtlich des bösgläubigen oder grobfahrlässig erwerbenden Remittenten übrig, der bei der Auffassung Lehmanns im Gesetze nicht gelöst wäre."[2])

Ausserdem ist gar kein Grund ersichtlich, weshalb man den gutgläubigen Remittenten schlechter stellen sollte als den gutgläubigen Indossatar. Der Remittent ist häufig ebensowenig wie der Indossatar in der Lage, zu prüfen, ob der Wechsel auf ordnungsmässigem Wege aus der Hand des Ausstellers gelangt ist. Denken wir uns folgenden Fall: Es werden zwischen A (Aussteller) und B (Remittenten) die Bedingungen verabredet, unter denen die Wechselbegebung erfolgen soll. Am Schluss der Verhandlungen verspricht A, dem B den Wechsel, B, dem A dagegen die Valuta zu übersenden. Eines Tages erscheint bei B ein bisher im Geschäft

[1]) Bd. I, Anm. 11 zu § 28, S. 271 ff.

[2]) Gegen Lehmanns Auffassung haben sich ferner ausgesprochen: v. Canstein, S. 214, Anm. 15, ebenso S. 414, wo er die Einrede, dass der Wechselschuldner den Wechsel nicht begeben und auch nicht emittiert habe, selbst dann, wenn sie dem Beklagten unmittelbar gegen den Kläger zustände (z. B. dem Trassanten gegen den Remittenten) für absolut ausgeschlossen erklärt. Jacobi, Wertpapiere, S. 191. Cosack, Handelsrecht, S. 273, sehr eingehend Carlin in Goldschmidts Zeitsch., Bd. 36, S. 14 f., und Dernburg, Pr. Priv. Recht, Bd. II, S. 778, Anm. 6. Derselbe: Bürgerl. Recht, Bd. II, Abt. 2, S. 238 f. Ausdrücklich dagegen: R. O. H. G., Bd. 19, S. 33

des A Angestellter (C), der sich als Bote des A ausgiebt, den von der Hand des A ausgestellten Wechsel dem B aushändigt und dafür die Valuta empfängt. Nachträglich stellt sich heraus, dass C kurz vorher aus seinem Dienste entlassen und bei seinem Weggange den Wechsel dem A gestohlen hat.

Ein anderer Fall ist vielleicht noch mehr geeignet, die unhaltbaren Konsequenzen der Lehmann'schen Ansicht vor Augen zu führen:

A hat nach Empfang der Valuta einen Wechsel ausgestellt, denselben aber dem redlichen B, der die Valuta unvorsichtigerweise vor Empfang des Wechsels auszahlte, noch nicht ausgehändigt. Im Besitze des gewünschten Geldes denkt er gar nicht mehr daran, den bereits ausgestellten Wechsel zu begeben. In Abwesenheit des A findet dessen Sohn den Wechsel auf dem Schreibtische des Vaters und, da er ja weiss, dass sein Vater die Valuta von B empfangen, sendet er den Wechsel in dem Glauben, hiermit im Sinne des Vaters zu handeln, an B ab.

In beiden Fällen würde nach Lehmanns Ansicht der Wechsel vom Remittenten trotz gutgläubigen Erwerbes herausgefordert werden können. Dem Indossatar würde in einer derartigen Lage der Schutz des Art. 74 zur Seite stehen. Womit in aller Welt will man es rechtfertigen, diesen Schutz dem gutgläubigen Remittenten zu versagen? Nach Lehmann damit, dass der Remittent in dem Art. 36 und Art. 74 nicht erwähnt ist! Würde es, besonders im zweiten Falle, nicht allen Grundsätzen von Recht und Billigkeit Hohn sprechen, dem bösgläubigen oder mindestens fahrlässigen Aussteller auf Kosten des durchaus korrekt handelnden Remittenten den Herausgabeanspruch aus Art. 74 zu gewähren?

Ein Argument gegen die Creationstheorie kann u. E. aus Art. 36 und Art. 74 W. O. nicht hergeleitet werden.

Dagegen kann für die Creationstheorie angeführt werden, dass dieselbe jetzt vom B. G. B. adoptiert worden ist.

§ 794 Abs. 1 B. G. B. lautet:

> Der Aussteller wird aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist.

Die Motive (Bd. II S. 695) bemerken hierzu:

„Die Auffassung, welche entgegen der Vertragstheorie die rechtliche Verpflichtung des Ausstellers zu der in der Schuldverschreibung bezeichneten Leistung in der verbind-

lichen Kraft des in der Urkunde erklärten einseitigen Verpflichtungswillens des Ausstellers findet, hat in der Doktrin wie in der Praxis der Gerichte stetig fortschreitende Anerkennung gefunden. In der That finden auch die wichtigsten Rechtssätze über das aus der Ausstellung von Schuldverschreibungen auf Inhaber entstehende obligatorische Verhältnis, welche an sich heutzutage kaum noch einer Anfechtung ausgesetzt sind, nur in jener Auffassung ihre natürliche, der Absicht des Ausstellers derartiger Urkunden entsprechende Erklärung."

Dass die Creationstheorie, die jetzt zweifellos für die Schuldverschreibungen auf den Inhaber gilt, auch auf die Orderpapiere, insbesondere den Wechsel Anwendung finde, darf um so eher angenommen werden, als die Wechselordnung sich nirgends für die Begebungstheorie ausgesprochen hat, nach der allgemein herrschenden Ansicht aber die Verpflichtung aus Inhaber- und Orderpapieren auf einen einheitlichen Entstehungsgrund zurückzuführen ist.[1])

Es darf dagegen auch nicht eingewendet werden, dass der Wechsel, zwischen der Inhaberschuldverschreibung (B. G. B. § 793 ff.) und der Anweisung (B. G. B. § 783 ff.) stehend, mehr zu dieser als zu jener hinneige, und dass, da für die Anweisung die Begebungstheorie gelte (B. G. B. §§ 783, 792 Abs. 1 Satz 3), der Analogieschluss für den Wechsel nur zu Gunsten der Begebungstheorie zulässig sei.[2])

Denn einerseits ist die Anweisung nicht für den Umlauf im Verkehr bestimmt;[3]) sie bildet bestimmungsgemäss viel-

[1]) Carlin a. a. O., S. 10. Anm. 11: „Dass die Rechtsverhältnisse an Order- und Inhaberpapieren vom gleichen Standpunkt aus zu beurteilen sind, darf jetzt als feststehend angenommen werden." Pappenheim in Goldschmidts Zeitsch., Bd. 33, S. 449: „... wohl keinem Zweifel mehr unterliegt, dass Order- und Inhaberpapiere, gleichviel wie, so doch jedenfalls gleichmässig beurteilt werden müssen." Für die analoge Anwendung des § 794 auf das Wechselrecht haben sich ausgesprochen: Cosack, S. 276, Dernburg: Bürgerl. Recht, Bd. II, Abt. 2, S. 238.

[2]) Lehmann, Dtsche. Juristenzeitung, Jahrgang 1900, S. 170: „Hat sonach für die acceptierte Anweisung, die gleich dem Wechsel wahres Namenpapier ist, das B. G. B. ausdrücklich an der Notwendigkeit der Begebung festgehalten, so lässt sich aus dem Umstande, dass es für die Inhaberpapiere diese Notwendigkeit beseitigt, kein Analogieschluss zu Gunsten der Creationstheorie für den Wechsel ziehen. Man wird im Gegenteil sich auf das B. G. B. mit mehr Recht für die Begebungstheorie berufen dürfen, denn die acceptierte Anweisung steht als indossables Namenpapier dem Wechsel näher als der Inhaberschuldverschreibung."

[3]) Mit Recht sagt deshalb Staub, Wechselordnung, S. 6 f.: „Mehr als bei der Anweisung gehört beim Wechsel die Cirkulationsfähigkeit zur Signatur der Urkunde, ist der Schutz des redlichen Verkehrs erforderlich.

mehr ein Obligationsverhältnis zwischen den ursprünglich Beteiligten, wie sich daraus ergiebt, dass ihr die durch Indossament bedingte Erleichterung der Cirkulation versagt ist:

> B. G. B. § 792: Der Anweisungsempfänger kann die Anweisung durch Vertrag mit einem Dritten auf diesen übertragen, auch wenn sie noch nicht angenommen worden ist. Die Uebertragungserklärung bedarf der schriftlichen Form.

Auch von den kaufmännischen Anweisungen, die allerdings durch Indossament übertragbar sind, wird man dies nicht behaupten können. Denn in einem wesentlichen Punkt unterscheiden sie sich vom Wechsel. Wie aus § 363 Abs. 1 Satz 1 H. G. B.:

> — Anweisungen, die auf einen Kaufmann über die Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen ausgestellt sind, ohne dass darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, können durch Indossament übertragen werden, wenn sie an Ordre lauten —

hervorgeht, gehören sie nicht zu den gesetzlichen Orderpapieren. Das Gesetz verbindet mit ihnen keine Cirkulationszwecke, wenn es auch zulässt, dass ihnen von den Parteien die Eigenschaft eines Cirkulationspapiers beigelegt wird. Der Anweisung, auch der kaufmännischen, fehlt damit eine Eigenschaft, die man von ihr verlangen muss, um sie dem Wechsel gleichzustellen.

Andererseits findet sich für die Anweisung keine dem Art. 82 W. O. analoge Beschränkung der Einwendungen.[1]) Zwar bestimmt das H. G. B. § 364 Abs. 2 für die kaufmännischen Anweisungen:

> Dem legitimierten Besitzer der Urkunde kann der Schuldner nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Giltigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen.

Die Beweiskraft dieser Bestimmung für die gegnerische Ansicht wird aber dadurch erheblich gemindert, dass dieselbe Bestimmung für die Inhaberschuldverschreibungen des

wenn anders der Wechsel seine für den Rechtsverkehr so wichtigen und unentbehrlichen Funktionen erfüllen soll. Dass eine Anweisung, selbst eine indossierte Anweisung einmal versagt, ist keine so erhebliche Belästigung des Verkehrs, als wenn der Verkehr Gefahr laufen müsste, dass ein formell giltiger und redlich erworbener Wechsel nicht honoriert zu werden brauchte, weil der Unterzeichner geltend zu machen berechtigt wäre, er habe den Wechsel unterzeichnet, aber er habe zwar ihn nicht in der Absicht aus den Händen gegeben, eine Wechselverpflichtung gegen sich entstehen zu lassen."

[1]) Ebenfalls gegen Lehmann: Jacobi, S. 189.

B. G. B.[1]) gilt, insofern also die Anweisung vor dem Inhaberpapiere in Bezug auf den Analogieschluss keinen Vorzug geniesst; ausserdem wird man nicht übersehen dürfen, dass die gedachte Beschränkung der Einwendungen nur für kaufmännische Anweisungen Geltung hat, die Rechtssätze über kaufmännische Anweisungen aber Sonderrechtssätze sind; sie sind deshalb nicht imstande, der Anweisung den Charakter eines nicht zur Cirkulation designierten Wertpapieres, wie er ihr durch das B. G. B. aufgeprägt ist, zu nehmen.

Nach der Creationstheorie beruht die Verpflichtung auf der einseitigen, nicht empfangsbedürftigen, dem Papier einverleibten Willenserklärung des Ausstellers. Wenn dies der Fall ist, wendet Jacobi[2]) ein, so ergebe sich daraus die notwendige Konsequenz, dass in Ermangelung eines solchen Verpflichtungswillens, z. B. wegen Irrtums nach § 119 B. G. B., der Aussteller seine Erklärung jedem Wechselgläubiger gegenüber anfechten dürfe.

Ganz abgesehen davon, dass diese Bedenken ebensogut gegen die Begebungstheorie geltend gemacht werden können, wenn sich bei der Begebung ein derartiger Irrtum einschliche, übersieht Jacobi scheinbar dabei folgendes:

Die in den §§ 116 ff. B. G. B. behandelten Willensmängel haben nicht ohne weiteres auch für das Wechselrecht Geltung. Es hängt dies mit der Rechtsnatur des Wechsels zusammen: der Wechsel ist Cirkulationspapier.[3]) Wollte man alle derartigen, auf Willensmängeln beruhenden Einreden zulassen, so würde man damit das in den Wechsel gesetzte Vertrauen untergraben.[4]) Damit dies Vertrauen erhalten und dem Wechsel seine Eigenschaft als Cirkulationspapier gewahrt bleibe, muss die Geltendmachung derartiger Einreden gegenüber dem gutgläubigen Dritten grundsätzlich ausgeschlossen werden. Sie darf nur gegenüber demjenigen gestattet sein, im Verhältnis zu dem sie entstanden sind. Dies gilt insbesondere von den Erklärungen, die durch dolus und vis compulsiva beeinflusst sind. Bezüglich des Irrtums ist die

---

[1]) § 796: Der Aussteller kann dem Inhaber der Schuldverschreibung nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen.

[2]) a. a. O. S. 170.

[3]) Vgl. darüber unsere früheren Ausführungen auf S. 30 f., insbesondere S. 30 Anm. 3.

[4]) „Denn der Wechselverkehr ist in eminenter Weise eine Sache des Vertrauens". (Grünhut.)

Frage schwieriger: man wird die Einrede des Irrtums gutgläubigen Dritten gegenüber ausschliessen dürfen. Man wird hier sagen müssen, dass, sobald der Wille des Ausstellers überhaupt auf die Ausstellung eines Wechsels gerichtet war, d. h. wenn die Ausstellung mit dem Bewusstsein geschah, dass es sich um eine Wechselverpflichtung handele, die Einrede des Irrtums in sonstiger Beziehung, z. B. betreffs der Summe, der Zahlungszeit etc. nicht geltend gemacht werden könne. Nur dann, wenn der Aussteller überhaupt nicht wusste, dass es sich um Eingehung einer Wechselverbindlichkeit handele, dürfte wohl die Einrede des Irrtums auch gutgläubigen Dritten gegenüber durchgreifen.[1])

Es ist deshalb falsch, wenn Jacobi sagt, „der natürliche Mensch denke gar nicht daran, sich durch die blosse Ausstellung verpflichten zu wollen." Jacobi giebt selbst zu, dass der Aussteller dabei wohl „erwägen mag, dass er gemäss des ausgestellten Scheines von rechtswegen verpflichtet werden könne, wenn das Papier in die unrechten Hände und ohne sein Zuthun in die Hände des im Papier als berechtigt Bezeichneten gelangen sollte." Gerade wegen dieser Erwägung, wegen dieses Bewusstseins von der Tragweite seiner Handlung mag er sich recht wohl hüten, das Papier in unberufene Hände gelangen zu lassen. Will er sich nicht verpflichten, gut, dann mag er es auch unterlassen, ein derartiges Papier herzustellen. Wer dies dennoch thut, darf die damit verbundene Gefahr nicht auf gutgläubige Dritte abwälzen und damit die Sicherheit des ganzen Rechtsverkehres gefährden.[2]) Eine gesunde Gesetzgebungspolitik muss ihr Streben darauf richten, einen befriedigenden Ausgleich zwischen der Willens- und der Erklärungstheorie zu finden. Was Wechselverpflichtungen betrifft, so ist dieser Weg u. E. nicht zweifelhaft: eine Berufung auf Willensmängel muss gutgläubigen Erwerbern gegenüber grundsätzlich als unzulässig ausgeschlossen werden. Die Willenstheorie hat hier der Erklärungstheorie aus

---

[1]) So Staub, Wechelordnung, § 25 zu Art. 82, S. 206. Rehbein, Wechselordnung, Anm. 5 zu Art. 82, S. 133.

[2]) Eine treffliche Begründung der Creationstheorie für Inhaberpapiere giebt R. O. H. G., Bd. 17, S. 154: „Dagegen rechtfertigt sich die Verwerfung des Einwandes, dass die hier fraglichen, vom Beklagten ausgestellten Inhaberpapiere noch gar nicht emittiert und begeben gewesen seien, dadurch, dass der Natur der Sache nach notwendig den Aussteller von Inhaberpapieren die Gefahr trifft, um welche es sich hier handelt, und dass er daher dem dritten gutgläubigen Erwerber auch dann aus diesen Papieren haftet, wenn dieselben vor der Emission durch Zufall oder Dieb-

Gründen des Schutzes des redlichen Verkehrs zu weichen.[1]) Das Recht ist hier genötigt, an die äussere Form Konsequenzen zu knüpfen, die möglichenfalls vom Aussteller nicht gewollt sind.

Dass verkehrspolitische Gründe nicht in letzter Linie für die Creationstheorie sprechen, betont auch Grünhut.[2]) Aus seiner unvergleichlichen Darstellung mögen hier nur folgende Worte[3]) hervorgehoben werden:

„Der gutgläubige Erwerber soll ... nur zu prüfen haben, ob die äussere Erscheinung des Papiers in Ordnung, ob die für die Wechselverpflichtung erforderliche, konstitutive, in die Sinne fallende, gleichsam greifbare Form eine regelmässige ist; er darf von der Annahme ausgehen, dass niemand einen mit allen wesentlichen Erfordernissen versehenen Wechsel unterschreiben werde, wenn er den Wechsel zu begeben noch nicht in der Lage wäre, dass vielmehr Unterschrift und Begebung Hand in Hand gehen. Der Aussteller der Wechselerklärung hat zu haften, weil er ein die Wechselform tragendes Papier unterschrieben hat.... Es widerspricht den regelmässigen Verkehrsgebräuchen, dass man solche Papiere früher ausstellt, als man sie in den Verkehr bringen will, dass man sie für die blosse Aufbewahrung und nicht für den wirklichen Gebrauch schafft."

§ 11.

Das Wesen der Creationstheorie[4]) besteht darin, dass — im Gegensatz zur Vertragstheorie — der verpflichtungs-

stahl oder Veruntreuung in dritte Hände gelangt sind. Denn er ist es, welcher schon durch den Akt der Ausstellung von Inhaberpapieren diese Gefahr nicht nur hervorruft, sondern auch zugleich übernimmt, indem er eine dem Inhaber, also jedem Präsentanten des Papiers gegenüber zu erfüllende Verpflichtung eingeht, ohne dieselbe an irgend welche weiteren Voraussetzungen oder Bedingungen zu knüpfen, so dass der gutgläubige Besitzer des Papiers den Einwand der nicht geschehenen Emission einfach durch die Berufung auf den entgegenstehenden Inhalt des Papiers selbst zurückschlagen kann, wie demselben auch dem Aussteller gegenüber die Pflicht, sich beim Erwerb über die geschehene Emission zu vergewissern, um so weniger auferlegt werden kann, als er sehr häufig gar nicht in der Lage sein wird, sich gegen Täuschungen in dieser Richtung zu schützen."

[1]) Ebenso Grünhut, Bd. I, S. 327, Anm. 5: „Der Natur des für die Cirkulation im Handelsverkehr bestimmten Wechsels entspricht nur die Erklärungstheorie, nicht die Willenstheorie."

[2]) Bd. I, S. 279 ff., 325 ff.

[3]) S. 281.

[4]) Der Verfasser dieser Arbeit schliesst sich der Creationstheorie in der Modifikation an, welche sie durch Grünhut als sog. Redlichkeitstheorie erfahren hat.

erzeugende Akt die Niederschrift ist. Mit der Herstellung der Wechselurkunde ist auf Seiten des Schuldners alles geschehen, was zur Begründung eines Schuldverhältnisses nötig ist.[1]) Damit aber dieses Verpflichtungsverhältnis wirksam werde, ist der Erwerb des Papiers durch einen gutgläubigen Dritten erforderlich. Auf welche Weise sich dieser Erwerb vollzieht, ist gleichgültig, etwas rein Faktisches. Damit steht die Creationstheorie im schärfsten Gegensatz zur Begebungstheorie, welche das juristisch Wertvolle, überhaupt juristisch Relevante in der Begebung erblickt. Nach der Vertragstheorie ist die Niederschrift nichts, nach der Creationstheorie alles. Brunner[2]), der Hauptvertreter der Vertragstheorie, sieht den Verpflichtungsgrund nicht im „Schreiben oder sonstigen Creieren der Urkunde. Das Schreiben an sich ist kein Rechtsgeschäft, es ist nur die Fixierung einer abzugebenden Willenserklärung, nicht die Willenserklärung selbst. Nur die Entäusserung der Urkunde gestattet den Schluss, dass Urkundeninhalt und Willenserklärung sich decken. Erst durch die Begebung der Urkunde entsteht ein Rechtsgeschäft." Ebenso äussert sich insbesondere Schultze[3]):

„Diese Kongruenz der schriftlich vorliegenden Erklärung mit dem wirklichen, ernstlichen Willen des Verfassers kann, wie alle inneren, der äusseren Wahrnehmung entzogenen Thatsachen nur geschlossen werden aus äusseren, wahrnehmbaren Umständen. Ein solcher, diesen Schluss rechtfertigender Umstand aber ist niemals die blosse Unterschrift. . . . Die blosse Unterzeichnung eines Schriftstückes ist niemals eine wirksame Kundgebung des Willens nach aussen, sondern im rechtlichen Sinne ein rein innerer Vorgang."

An anderer Stelle[4]) hat Schultze diese Theorie auch für die Wertpapiere aufrecht erhalten. Wir können uns nach den obigen Ausführungen dem nicht anschliessen. Denn wenn Schultze u. a. zur Begründung seiner Ansicht ausführt, „das Wertpapier unterscheide sich nicht dadurch von anderen Urkunden, dass hier die Schrift an sich verpflichte, sondern . . .", so ist dies dem B. G. B. §§ 793, 794 gegenüber

---

[1]) Oertmann: Vorbem. zu § 793, Anm. 5c, S. 521: „Die Creationstheorie [Kuntze, Dernburg, Cosack] erfordert nur einen einseitigen Schaffungsakt. Das Papier als Medium des darin verkörperten Rechtes ist entstanden und kann nur, so lange es noch in der Hand des Ausstellers ist, nicht zur Gewinnung einer präsenten Forderung dienen."

[2]) In W. Endemanns Handb., Bd. II, S. 166.

[3]) In der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 18, S. 246.

[4]) In Grünhuts Zeitsch., Bd. 22, S. 141.

geradezu falsch. Wenn Schultze ferner anführt, über meine Niederschrift könne ich verfügen wie über jeden nicht ausgesprochenen Entschluss, „sie verhält sich zur Aeusserung des Willens, wie der Gedanke zum gesprochenen Wort", so müssen wir seine Beweisführung in dieser Allgemeinheit entschieden zurückweisen. Sie kann, was Wertpapiere anbelangt, keinen Anspruch auf Geltung erheben. Allerdings kann ich meine Wechselerklärung — mit Ausnahme des Accepts (Art. 21 Abs. 4 W. O.) — widerrufen und sie durch Vernichtung des Wechsels ungeschehen machen. Ebensogut kann ich meine Erklärung, die ich dem Boten gegenüber zur Uebermittelung an den abwesenden Kontrahenten abgegeben habe, widerrufen, so lange sie ihn noch nicht erreicht hat. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass meine Erklärung ein innerer Vorgang geblieben ist, ein unausgesprochener Entschluss. Eine ganz andere Frage ist, ob damit meine Erklärung schon bindend geworden ist. Es muss zugegeben werden, dass dies weder durch Weisung an den Boten zur Uebermittelung, noch durch die blosse Ausstellung des Wertpapiers geschehen ist. Die Erklärung kann also widerrufen werden, weil sie noch nicht bindend geworden, nicht jedoch, weil sie noch nicht zur äusseren Erscheinung gekommen ist. Mit der Abgabe der Erklärung an den Boten resp. mit der Ausstellung des Papiers ist die Erklärung „vollzogen", ist sie bindungsreif, d. h. es bedarf nur noch eines rein thatsächlichen Vorganges (des Ueberbringens resp. des Erwerbes durch einen gutgläubigen Dritten), um die Bindung herbeizuführen.[1])

[1]) Ebenso Gierke in Goldschmidts Zeitsch., Bd. 28, S. 257: „Erstens ist zu bemerken, dass in der einseitigen Ausstellung eines Wertpapieres eine „Creation" wirklich liegt. Nur wird dadurch noch nicht eine Verpflichtung und somit ein subjektives Rechtsverhältnis, sondern lediglich eine besonders qualifizierte und zum Substrat eines Rechtsverhältnisses geeignete Sache geschaffen." Ferner R. G. E. Bd. 2, S. 7: „Ein Wechsel, in der Regel auf Grund eines Vertrages — pactum de cambiando — von dem Inhaber ausgestellt, begründet in der Hand des Ausstellers, also vor der Aushändigung an den Nehmer zwar noch keine Wechselobligation, noch kein wechselmässiges Forderungsrecht, allein er stellt in seiner objektiven, realen Aeusserlichkeit mit dem Akte der Creation — und somit noch vor der Aushändigung an den Nehmer — eine bewegliche, körperliche Sache dar, welche an sich und nach dem Willen der Wechselinteressenten geeignet ist, Gegenstand eines Rechtsverhältnisses zu sein, und welche durch die Thatsache der Aushändigung — und selbst durch die Cirkulation ohne den Transportwillen des Ausstellers — auf Grund ihrer formalen und abstrakten Rechtsnatur wechselmässige Ansprüche zu begründen geeignet ist."

Die von Schultze aufgestellte Proportion, dass sich die Niederschrift zur Aeusserung des Willens verhalte wie der Gedanke zum gesprochenen Wort, ist, auf Wertpapiere angewendet, mathematisch unrichtig, weil hier die beiden Grössen „Niederschrift" und „Aeusserung des Willens" identisch sind. Richtiger und mit den obigen, besonders den die Entstehung der Wechselobligation behandelnden Ausführungen im Einklang stehend dürfte sich die Proportion mit Bezug auf den Wechsel vielleicht folgendermassen formulieren lassen: Die Niederschrift verhält sich zur Perfektion der Verpflichtung wie etwa die an den Boten abgegebene Erklärung zur übermittelten Erklärung.

Fassen wir das Ergebnis unserer Untersuchung noch einmal kurz zusammen, so ergiebt sich:

Die Wechselverpflichtung des Schuldners wird begründet durch die blosse Niederschrift, das Wechselgläubigerrecht durch den Erwerb des Papiers seitens eines gutgläubigen Dritten. Erst mit der Zusammenschliessung der beiden, Schuld und Forderung begründenden Fakta wird die Wechselobligation perfekt.[1]) Nur ist dabei zu beachten, dass das eigentlich konstitutive Element des ganzen Vorganges die Vollendung der Unterschrift, alles weitere zur Perfektion der Verpflichtung Erforderliche etwas nur Thatsächliches ist, das bald so, bald so vor sich gehen kann.[2])

§ 12.

Nur noch ein kleiner Schritt trennt uns von unserem Ziel. Unser Ziel aber galt der Beantwortung der Frage, worin das von Ihering für den Begriff der Vertretung als ausschlaggebend bezeichnete „spezifisch-juristische Element" beim Wechselgeschäft besteht. Nach den im vorigen Paragraphen gewonnenen Resultaten kann die Eigenschaft desjenigen, der im Auftrage eines anderen einen Wechsel mit dessen Namen unterzeichnet, nicht mehr zweifelhaft sein. Da nach der Creationstheorie das entscheidende Gewicht auf die Scriptur, auf die Anfertigung des Papiers gelegt wird, so ist derjenige, welcher diesen Scripturakt im Namen eines anderen vornimmt, der Vertreter desselben im Sinne des § 164 ff. B. G. B. Seine Thätigkeit ist die „juristisch notwendige". Alles weitere, was zur Perfektion der Wechselverpflichtung notwendig ist,

[1]) Ebenso v. Canstein, S. 234 ff., besonders S. 238. Staub, Wechselordnung, S. 3 ff.

[2]) Cosack, S. 272, 275.

ist etwas nur „faktisch Notwendiges". Ohne die Thätigkeit des Scribenten ist die Erklärung des Auftraggebers für das Recht nicht vorhanden, weil nicht einmal geeignet, durch blossen Hinzutritt der für die Perfektion der Verpflichtung notwendigen Bedingung (Erwerb des Papiers seitens eines gutgläubigen Dritten) eine Verpflichtung zu erzeugen. Erst durch den Scripturakt tritt sie in die äussere Erscheinung, wird sie „vollzogen". Sie ist allerdings noch nicht perfekt, weil noch kein Gläubiger vorhanden ist, sie ist aber geeignet, irgend einem Zufall ihr Leben zu verdanken. So lange letzteres nicht der Fall ist, gleicht sie — um einen Vergleich Kuntzes zu gebrauchen — dem partus conceptus sed nondum editus. Es ist deshalb nur die notwendige Konsequenz unserer Auffassung, wenn wir behaupten, dass derjenige, der für einen anderen mit dessen Namen einen Wechsel unterzeichnet, nur als Vertreter, nicht als blosser Gehülfe in Betracht kommen kann.

Da der Scripturakt den Verpflichtungsgrund bildet, so ist für denjenigen, der diesen Scripturakt vornimmt, die Geschäftsfähigkeit erforderlich. Denn der Scripturakt ist ein Rechtsgeschäft. Wer die Verpflichtung für sich selbst eingehen will, muss im Besitze der vollen Geschäftsfähigkeit sein. Will er aber diese Verpflichtung für einen anderen als dessen Vertreter übernehmen, so genügt beschränkte Geschäftsfähigkeit (B. G. B. § 165). Er darf also nicht geschäftsunfähig sein, denn nach B. G. B. § 105 ist die Willenserklärung des Geschäftsunfähigen nichtig. Würde sich also beispielsweise jemand seines sechsjährigen Sohnes, der eben in der Schule schreiben gelernt hat, zur Herstellung der Wechselurkunde bedienen, so wäre die Wechselerklärung ungültig.

Zu dieser Auffassung sind wir insbesondere durch die Lehren Hölders[1]) gelangt, dem, soweit uns bekannt, nur Kipp[2]) beipflichtet. Beide gehen davon aus, dass grundsätzlich Stellvertreter nur der ist, dem innerhalb gewisser Grenzen eine freie Entscheidung überlassen ist, sehen sich aber zu einer Ausnahme gedrängt, wenn der mit der blossen — mündlichen oder schriftlichen — Wiedergabe der Erklärung Beauftragte eine „rechtlich erhebliche Form hinzuthut" (Kipp). Hölder[3]) bemerkt hierüber:

„Es ist keine Vertretung, wenn eine Erklärung, die der

[1]) Kommentar, Anm. 1 zu § 165, S. 359. Derselbe: Pandekten, S. 296 f.
[2]) In Windscheids Pandekten, Bd. I, S. 296, Anm. 1.
[3]) Kommentar, S. 359 f.

Schriftform bedarf, durch einen anderen für mich geschrieben, wohl aber, wenn sie durch jenen unterschrieben wird, so dass er zu ihrer rechtsgültigen Unterzeichnung der Geschäftsfähigkeit bedarf."

Und an anderer Stelle:[1])

„Von der blossen Mitteilung des geäusserten Willens ist zu unterscheiden die Vollziehung einer seine rechtsgültige Aeusserung bedingenden Form; indem ohne sie der Rechtsakt nicht vollzogen ist, so ist der sie für einen anderen Vollziehende ein Stellvertreter, kann also nicht gleich einem Boten ein der rechtlichen Handlungsfähigkeit Entbehrender sein."

Wir können der Auffassung Hölders und Kipps, wenigstens was die Eingehung von Wechselverpflichtungen angeht, ohne Vorbehalt beitreten. Was uns aber ganz besonders dazu veranlasst, ist ein dem Wechselrecht eigentümliches Moment: die Bedeutung der Form beim Wechsel im Gegensatz zu der bei anderen Urkunden.

Der Wechsel ist eine dispositive Urkunde, d. h. eine solche, welche zur Entstehung des Rechts erforderlich ist. Während bei den blossen Beweisurkunden das Geschäft unabhängig von der Urkunde ist, wird durch die dispositive Urkunde das Geschäft zugleich vollzogen, sie ist die „Entstehungsform des Rechts".[2]) Bei der dispositiven Urkunde vollzieht sich das Rechtsgeschäft durch den Urkundungsakt.

Aber darin liegt keine Besonderheit der Wechselform; in den Fällen, wo im heutigen Recht durch Gesetz Schriftform vorgeschrieben ist, hat die Urkunde dispositiven Charakter (B. G. B. §§ 125, 126). Von den sonstigen Urkunden des Privatrechts scheidet den Wechsel aber seine Eigenschaft als Wertpapier, d. h. als eine Urkunde, deren Innehabung nicht nur für die Entstehung, sondern auch für die Fortexistenz des Rechts von Bedeutung ist, deren Innehabung insbesondere zur Ausübung des in ihnen verbrieften Rechts notwendig ist.[3])

Die Form hat hier also eine ganz andere Bedeutung als bei sonstigen schriftlichen Verträgen. Während sie bei diesen

---

[1]) Pandekten, S. 298, s. auch S. 297.

[2]) Brunner in W. Endemanns Handbuch, Bd. II, S. 144.

[3]) Oertmann: Vorbem. zu § 793, Anm. 1, S. 520: „Das Inhaberpapier ist eine Unterart der Wertpapiere, bei denen die Urkunde nicht nur, wie gewöhnlich, dem Beweise oder, wie bei erforderlicher Schriftform, der Entstehung, sondern auch der Fortdauer des Rechts dient, so dass dieses in seinem ganzen Werdegange von der Urkunde getragen und gewissermassen verkörpert wird."

dazu dient, den Parteien die Bedeutung ihrer Handlungen, namentlich mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Geschäfts vor Augen zu führen, sie vor Uebereilung zu schützen (so insbesondere nach §§ 313, 766 B. G. B.), ist sie bei den Wertpapieren dazu bestimmt, Träger des Rechts zu sein; die Urkunde „verkörpert" gewissermassen das Recht. Das Recht ist ohne das Papier gar nicht denkbar, wie schon aus dem Worte selbst (Wert p a p i e r) hervorgeht. Das gilt in erster Linie für den Wechsel: „er hängt organisch und innerlich (begrifflich) mit dem Papier zusammen, entsteht nur in und mit diesem; das Papier ist also ein civilistisches Element des Wechsels, und in erster Linie liegt sein Wert nicht darin, Beweismittel im Prozess, sondern darin, Organ und Medium im Geschäft zu sein".[1])

Aber noch in einem anderen Punkte unterscheidet sich der Wechsel von den sonstigen Urkunden des Privatrechts: durch seine notwendige Abstraktheit. Der Wechsel ist losgelöst von seiner causa, die Wechselverbindlichkeit entspringt nicht dem unterliegenden Verhältnisse, sondern der Scriptur.

Gerade auf diesen Punkt glauben wir besonderen Wert legen zu müssen. Wenn auch in anderen Fällen die Schriftform vorgeschrieben sein mag, so basiert doch die Verpflichtung nicht auf der Urkunde, sondern auf dem Vertrage der Kontrahenten.[2]) Infolgedessen ist die Rolle desjenigen, der die Erklärung einer Partei niederschreibt, die eines blossen Gehülfen. Die Basis der Verpflichtung[3]) wird durch denjenigen geschaffen, der sich eines anderen als Schreiber bedient. Anders beim Wechsel: vermöge seiner abstrakten Natur kommt die Verbindlichkeit nicht auf Grund der mündlichen Erklärung

[1]) Kuntze in Endemanns Handbuch, Bd. IV, Abt. 2, S. 67. Ebenso Regelsberger, S. 139: „Die Urkunde ist der Träger des Forderungsrechtes und demnach für dessen Entstehung wie Fortdauer gleich wesentlich. Es ist die höchste Bedeutung, welche die Schrift für das Rechtsverhältnis haben kann. Sie findet sich beim Wechsel ... So lange für solche Schuldverträge nicht alle Förmlichkeiten erfüllt sind, ist das Forderungsverhältnis noch gar nicht vorhanden."

[2]) Förster-Eccius, Bd. I, S. 190 f.: „Doch ist auch hier [sc. wenn das Gesetz eine Form für eine Handlung oder Willenserklärung vorschreibt] die Form regelmässig nicht der Grund (causa) des Rechts und der Verbindlichkeit in dem Sinne, dass es nur auf eine formelle Erklärung ankommt; vielmehr bleibt der Grund das materielle Geschäft selbst, das allen rechtlichen Forderungen genügen muss, dergestalt, dass nur zu diesen materiellen Erfordernissen das der formellen Erklärung hinzukommt, es wird nur durch die Form mit Gültigkeit bekleidet."

[3]) S. die Ausführungen auf S. 19.

des Auftraggebers zustande, sondern auf Grund des ausgefertigten Papiers. Im Besitze des Wechsels nimmt der Gläubiger in seiner Klage nicht Bezug auf die mündliche Erklärung, sondern auf das Papier. Darum ist der rechtserzeugende Faktor nicht der, welcher die mündliche Erklärung abgiebt zu dem Zwecke, damit ein anderer sie mit dem vom Auftraggeber gegebenen und gewollten Inhalte niederschreibt, sondern der Scribent selbst. Er kann deshalb nur Vertreter, nicht blosser Gehülfe (Schreiber) sein.

Dabei ist u. E. völlig gleichgültig, unter welchen Umständen die Herstellung des Wechsels durch den Dritten erfolgt, ob auf Bitte, Ersuchen oder gar auf Befehl des — anwesenden oder abwesenden — Wechselausstellers. Denn in dem Befehl, in der Bitte, in dem Auftrage, den Wechsel auszustellen und mit dem Namen des Befehlenden, Bittenden, Auftragenden zu unterzeichnen, liegt als ein minus die Erteilung der Befugnis, bei Eingehung der Verbindlichkeit den Namen desselben zu gebrauchen. Auch Schlossmann[1]) ist der Meinung, dass eine Vollmachtserteilung „in mancherlei Gestalt auftreten kann. Nicht bloss als negatives Verhalten . . ., sondern auch als ein Verhalten oder Erklären, das darüber hinaus eine noch weitergehende Willensrichtung erkennen lässt, die in ihren verschiedenen Graden in der Stufenleiter: Wunsch, Bitte, Auftrag, Aufforderung, Befehl, Zwang — zum Ausdruck kommt."

Er fährt dann fort:

„Jede dieser Arten psychologischer Einwirkung auf eine Person . . . lässt das als deren Ziel bezeichnete Verhalten unter allen Umständen zugleich als ein gestattetes, die Rechtssphäre des anderen nicht verletzendes erscheinen."[2])

---

[1]) S. 296 f., wozu zu bemerken ist, dass die oben citierten Worte Schlossmanns sich nicht auf die Vollmachtserteilung, sondern nur auf die „Ermächtigung" beziehen.

[2]) Anderer Meinung, allerdings vom Standpunkt der Vertragstheorie aus, Bernstein, § 4. No. 2a zu Art. 95, S. 399: „Von der Beauftragung ist die bloss thatsächliche Benutzung der fremden Schreibkraft zu unterscheiden. . . . Letzterenfalls, beispielshalber beim Diktat, schliesst der Verpflichtete selbst, nicht sein Stellvertreter den Wechselvertrag." W. Lehmann, S. 19: Ohne zu beachten, dass die Stellung, die man zur Lehre von den Wechseltheorieen einnimmt, auch zu einer dementsprechend verschiedenen Beurteilung des bei der Wechselausstellung und Wechselzeichnung thätig werdenden Dritten zwingt, begnügt sich Lehmann mit der Bemerkung: „Es ist zunächst bereits hier zu bemerken, dass es sich in unserer Untersuchung nur um den Fall einer Bevollmächtigung handelt, nicht um den, dass jemand unmittelbar nach Diktat oder auf Aufforderung des anwesenden Acceptanten

§ 13.

Die Gegner der hier vertretenen Ansicht[1]) berufen sich meist auf das Erkenntnis des Reichsoberhandelsgerichts vom 15. Oktober 1872.[2]) Aber mit Unrecht:

Das Reichsoberhandelsgericht unterscheidet zwar, ob die Ehefrau des Beklagten, welche von letzterem beauftragt war, den Wechsel in seinem Namen zu girieren, als Bevollmächtigte oder ob sie bloss als seine Gehülfin, wie ein Schreiber, den Namen ihres Mannes unter den Wechsel setzt. Das Reichsoberhandelsgericht unterlässt aber nicht, dabei zu bemerken, dass eine derartige faktische Dienstleistung nur „bei der vom Beklagten selbst erfolgten Begebung" vorliegt. Vom Standpunkte der Vertragstheorie wird natürlich aller Nachdruck auf die Begebung als das konstitutive Element gelegt, während das Schreiben selbst nur als etwas Nebensächliches angesehen wird. Auf diesen grundsätzlichen Unterschied zwischen Begebungs- und Creationstheorie ist bereits früher hingewiesen worden, wobei wir nicht unterlassen haben, zuzugestehen, dass dementsprechend eine von unserer Ansicht abweichende Entscheidung im konkreten Falle nicht nur möglich, sondern sogar notwendig ist.

Wir möchten an dieses Urteil des Reichsoberhandelsgerichts noch eine weitere Bemerkung knüpfen:

Nach preussischem Recht war die Vollmachtserteilung an die Schriftform gebunden:

Pr. L. R. I 13 § 7: Wo nach dem Gesetze kein schriftlicher Kontrakt erforderlich ist, da ist der Vollmachtsauftrag für geschlossen zu erachten, wenn der eine den Auftrag des anderen auch nur stillschweigend annimmt.

§ 8: Doch kann auch in solchen Fällen, wo es unter den handelnden Personen eines schriftlichen Vertrages nicht bedarf, ein Dritter, welcher mit dem Bevollmächtigten sich eingelassen hat, auf Erfüllung des mit selbigem ge-

---

vor dessen Augen die Unterzeichnung vornimmt; denn in diesem Fall finden nicht die Regeln der Stellvertretung Anwendung, da der Schreiber lediglich als untergeordnetes Werkzeug, gewissermassen als der verlängerte Arm des Acceptanten anzusehen ist und dessen Persönlichkeit allein für die rechtliche Beurteilung des zustande gekommenen Geschäftes massgebend sein kann, so dass dieser Fall auch in juristischer Hinsicht des Interessanten wenig bietet."

[1]) Ausser Bernstein und W. Lehmann: Rehbein, Wechselordnung, Anm. 28 zu Art. 4, S. 30. Borchardt-Ball: Anm. 339, S. 238. Borchardt: Anm. 4, S. 517. Dernburg, Preuss. Privatrecht, Bd. I, S. 204 f.

[2]) R. O. H. G. Bd. 7, S. 315.

schlossenen Vertrages gegen den Machtgeber nicht klagen, wenn der Bevollmächtigte nicht durch einen schriftlichen Auftrag desselben legitimiert worden ist.

Man hat nun daraus gefolgert, dass das Erfordernis der Schriftform nur für denjenigen gelte, der auf Grund freier Entschliessung im Namen eines anderen einen Wechsel unterzeichnet. Bezüglich des nur mündlich Beauftragten sei also zu unterscheiden, ob derselbe bei Ausstellung des Wechsels einem eigenen Willensentschlusse folge, oder ob er nur den Willen des anderen auf dem Papier reproduziere, indem er z. B. nach Diktat schreibt. Nur im letztgenannten Falle sei der Wechsel gültig, da der blosse Schreiber den Vorschriften des Preussischen Landrechts über Bevollmächtigte nicht unterstellt sei.[1])

Nach den in den früheren Paragraphen von uns entwickelten Grundsätzen sehen wir uns genötigt, dieser Auffassung, deren Richtigkeit schon für das allgemeine Civilrecht angezweifelt worden ist[2]), speziell für das Wechselrecht die Geltung abzusprechen. Ganz entschieden aber müssen wir Verwahrung einlegen gegen die Behauptung, dass das Reichsoberhandelsgericht in dem von uns citierten Urteil sich auf den Standpunkt unserer Gegner gestellt habe.[3]) Das Reichsoberhandelsgericht hat nur den nach der Vertragstheorie möglichen Unterschied zwischen der rechtsgeschäftlichen Vertretung und der rein mechanischen Dienstleistung bei Ausstellung eines Wechsels konstatiert, im übrigen aber die Entscheidung der hier zur Erörterung stehenden Frage offen gelassen.[4])

Auch das Urteil des Preussischen Obertribunals vom 23. Januar 1864[5]) spricht nicht gegen uns. Denn das Obertribunal hatte sich in dem ihm vorliegenden Falle lediglich wegen des Mangels der nach preussischem Recht erforderlichen schriftlichen Vollmacht genötigt gesehen, dem Sohn, der die Unterschrift des Vaters auf den Wechsel gesetzt hatte, die Eigenschaft eines Bevollmächtigten abzusprechen. Mit

---

[1]) So vor allen Dernburg, Preuss. Privatrecht, Bd. I, S. 204 f.

[2]) Förster-Eccius, Bd. I, § 40, Anm. 19. S. 194.

[3]) Dernburg in den älteren Auflagen seines Preuss. Privatrechts, Bd. I, § 97.

[4]) Ebenso R. G. E. Bd. 4, S. 318, das leider ebenfalls dahingestellt sein lässt, ob die Dernburg'sche Ansicht Beifall verdiene. Dernburg selbst scheint jetzt auf die Entscheidung des R. O. H. G. als eine seine Auffassung bestätigende zu verzichten. Pr. Priv. Recht Bd. I, S. 204, Anm. 9.

[5]) In Goldschmidts Zeitsch. Bd. 7, S. 589 f.

dem Wegfall dieses Formerfordernisses nach B. G. B.[1]) sind wir nicht mehr gehindert, in einem solchen Falle eine Vertretung anzunehmen.

Es ist uns nur ein Urteil bekannt geworden, welches allerdings im diametralen Gegensatz zu der von uns verteidigten Ansicht steht: das Oberlandesgericht Königsberg führt in seinem Urteil vom 8. November 1901[2]) folgendes aus:

„Vom Standpunkt des § 126 B. G. B. war die Behauptung der Klage, dass die Wechselunterschrift im Auftrage des Beklagten von dessen Frau geleistet sei, unerheblich. Denn wenn jemand einen anderen nur mit der „Unterschrift" (der Niederschrift seines Namens) beauftragt, so liegt, gleichviel ob der Auftrag in die Form der Bitte, des Ersuchens oder des Befehls sich kleidet, nur ein Auftrag zu einer mechanischen Dienstverrichtung, keine Vollmacht und keine Stellvertretung vor. Es ist der typische Fall des Schreibgehülfen oder des Unterschriftendiktates. Unterschriften, die in dieser Weise hergestellt waren, haben schon früher in der Rechtsprechung der oberen Gerichte niemals ausdrückliche Anerkennung gefunden, insbesondere nicht in dem ... Urteile des R. O. H. G. Bd. 7, S. 315 (vgl. auch die Urteile des R. G. Bd. 4, S. 319, Bd. 30, S. 406) ...."

Ueber das Urteil des Reichsoberhandelsgerichts ist bereits früher[3]) das Nötige gesagt worden und betont worden, dass es nicht geeignet ist, zur Widerlegung unserer Meinung zu dienen. Dasselbe gilt von der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 4, S. 319, welche die Frage unentschieden lässt, ob eine Wechselunterschrift durch einen blossen Gehülfen mit Rechtswirkung überhaupt hergestellt werden könne, so dass es der nach Pr. L. R. I 13 § 8 erforderlichen Schriftform nicht bedürfe, oder ob nicht vielmehr eine derartige Hülfsperson stets ein rechtsgeschäftlicher Vertreter sei, auf den mithin die Grundsätze über Bevollmächtigte zur Anwendung kommen. Die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 30 S. 406 schliesslich möchten wir im Gegenteil zur Bestätigung der von uns vertretenen Ansicht heranziehen. Denn wenn dort gesagt wird: „Die Klagewechsel sind bezüglich der darauf befindlichen Schriften des Beklagten echt, sowohl wenn dieser seinen Namen selbst, als auch wenn ein anderer solchen in seinem Auftrage geschrieben hat. Der Auftrag kann ein be-

[1]) § 167, Abs. 2.
[2]) Abgedruckt bei Mugdan und Falkmann Bd. IV, S. 209 f.
[3]) S. oben S. 42 f.

sonderer sein, wobei der Beauftragte nur als Mittel oder Werkzeug des Auftraggebers in Betracht kommt, die Schrift kann aber auch kraft einer zur Eingehung von Wechselverpflichtungen berechtigenden allgemeinen Vollmacht vom Bevollmächtigten beigesetzt sein —", so geht doch daraus ganz klar hervor, dass auch im Falle eines Spezialauftrages, „wobei der Beauftragte nur als Mittel oder Werkzeug in Betracht kommt", die Wechselunterschriften echt sind, also den Beklagten verpflichten. Das Reichsgericht gerät hier in Widerspruch mit sich selbst, wenn es den Spezialbeauftragten einerseits als Schreiber auffasst, andererseits den Auftraggeber durch die Unterschrift des Schreibers als verpflichtet ansieht. Diesen Widerspruch hätte das Reichsgericht vermieden, wenn es den Spezialbeauftragten nicht als „Mittel oder Werkzeug", sondern als Spezialbevollmächtigten bezeichnet hätte, der „k a u m i n e i n e r e r h e b l i c h e r e n B e z i e h u n g denn als Mittel oder Werkzeug des Auftraggebers in Betracht kommt."

Dem Urteil des Oberlandesgerichts Königsberg sind wir ein anderes Urteil entgegenzustellen in der Lage, welches durchaus auf dem in dieser Arbeit gekennzeichneten Standpunkt steht. Dieses Urteil[1]) ist insofern ganz besonders interessant und für unsere Frage von der grössten Wichtigkeit, als wir darin eine Bestätigung der von uns aufgestellten Behauptung, dass der mit der Ausstellung, Indossierung oder Acceptierung Beauftragte gar nicht als blosses Werkzeug des Auftraggebers thätig werden k ö n n e , zu erblicken glauben. Das Urteil lehnt ganz unumwunden die für andere schriftbedürftige Erklärungen von den Motiven (Bd. I, S. 185) ausdrücklich anerkannte Möglichkeit, dass der mit der Unterschrift Beauftragte als blosser Schreiber die Unterschrift für den Auftraggeber leiste und letzteren infolgedessen nicht verpflichte, für Wechselerklärungen ab. Es heisst dort:

„Wenn in den Motiven ferner zum Ausdruck gebracht ist, dass die Unterschrift vom Erklärenden eigenhändig bewirkt sein müsse und dies ausschliesse, dass er sich eines anderen zum Schreiben seiner Unterschrift bedienen könne . . ., so widerlegt dies die hier vertretene Auffassung (sc. dass die im mündlichen Auftrage vom Beauftragten geleistete Unterschrift ohne Zusatz des eigenen Namens des Beauftragten den Auftraggeber verpflichte) nicht. Denn derjenige, der im

[1]) Oberlandesgericht Breslau, vom 25. April 1901, abgedruckt bei Mugdan u. Falkmann, Bd. II, S. 389 f.

Auftrage oder mit Wissen eines anderen dessen Namen als Giro auf einen Wechsel setzt, wird nicht lediglich als Schreibgehülfe des anderen thätig, sondern er giebt namens dessen durch das Giro eine Willenserklärung ab, e r ist also der Erklärende, der Aussteller, und e r schreibt die durch die Namensunterschrift sich vollziehende Erklärung eigenhändig durch Namensunterschrift. Er erfüllt damit die Bedingungen des § 126 B. G. B. . . ."

Ist nun, wofür wir den Nachweis zu erbringen versucht haben, der mit der Ausstellung eines Wechsels im Namen eines anderen Beauftragte n o t w e n d i g der Stellvertreter des Auftraggebers in der Abgabe der Wechselerklärung, so erhebt sich die weitere Frage, in welcher Weise der Vertreter zu zeichnen habe, um den Vertretenen wechselmässig zu verpflichten. Wir können es uns nicht versagen, auch auf diese Frage, wenn auch nur am Schlusse unserer Arbeit, kurz einzugehen. Dass gerade sie eine besondere Anziehungskraft ausübt, kann nicht Wunder nehmen. Handelt es sich bei ihr doch um nichts Geringeres als um die Eventualität, den vom Reichsoberhandelsgericht mühsam erkämpften, vom Reichsgericht bestätigten Grundsatz, dass es genüge, wenn der Vertreter lediglich mit dem Namen des Vertretenen zeichne, preisgegeben zu sehen.

§ 14.

Der unsere Frage behandelnde § 126 Abs. 1 B. G. B. lautet:

> „Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden."

Weder aus dem Gesetze selbst, noch aus den Materialien zu demselben ist ersichtlich, ob im Vertretungsfalle unter „Namensunterschrift" die Unterschrift des Namens des Vertreters oder des Vertretenen zu verstehen sei, ob daher der Vertreter stets seinen Namen unter entsprechender Andeutung des Vertretungsverhältnisses zeichnen müsse, oder ob Zeichnung lediglich mit dem Namen des Vertretenen genüge, sofern sie nur „eigenhändig" durch den Vertreter geschah. Aus diesem Schweigen des Gesetzes hat man infolgedessen die Zulässigkeit beider Arten der Unterzeichnung gefolgert.[1])

[1]) Staub, Wechselordnung, § 8 zu Art. 95, S. 265.

Es war bereits bemerkt worden, dass sich durch die Praxis des Reichsoberhandelsgerichts, insbesondere auf Grund der bekannten Entscheidung vom 12. März 1872[1]), der sich das Reichsgericht angeschlossen hat[2]), ein fester Rechtssatz dahin ausgebildet hatte, dass in solchen Fällen die Zeichnung allein mit dem Namen des Vertretenen genüge, um den Auftraggeber wechselmässig zu verpflichten. An der Hand der Vorschrift des § 126 Abs. 1 werden wir zu prüfen haben, ob sich dieser Grundsatz auch fernerhin wird aufrecht erhalten lassen.

Man darf wohl behaupten, dass seit jener oben citierten Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts der vom Preussischen Obertribunal aufgestellte Grundsatz, die Verrichtung der Namensunterschrift durch einen Vertreter sei nicht jeder anderen, von einem Vertreter vorgenommenen Handlung gleich, denn der Name eines Menschen sei gleichsam ein Stück seiner physischen Persönlichkeit und daher die Uebertragung des Gebrauchs mandatweise unzulässig, heutzutage aufgegeben ist. Auch das B. G. B. kann unmöglich zu dieser Ansicht haben zurückkehren wollen.

Versuchen wir zunächst einmal unter Berücksichtigung des Umstandes, dass bei Abfassung des § 126 der Fall der Vertretung gar nicht in's Auge gefasst war, den § 126 ganz unvoreingenommen zu betrachten.

Im normalen Falle, wo also keine Vertretung vorliegt, leuchtet es ohne weiteres ein, dass der Aussteller, um sich zu verpflichten, mit seinem Namen zu unterzeichnen habe. Es erschien dies dem Gesetzgeber so selbstverständlich, dass er des Zusatzes „seinen" entraten zu können glaubte; dieser Zusatz wäre nicht nur entbehrlich, sondern sogar überflüssig. Es ist nicht unbegründet und zeugt von einer sehr feinen Beobachtung der Ausdrucksweise des Gesetzes, wenn das Oberlandesgericht Marienwerder[3]) im Hinblick hierauf behauptet, dass „die Sprache des B. G. B. äusserst knapp sei und gerade die besitzanzeigenden Fürwörter, wo sie sich aus dem Zusammenhange von selbst ergeben, mit Vorliebe weggelassen seien." Bei Uebertragung dieser den § 126 Abs. 1 B. G. B. durch das Wort „seinen" ergänzenden Auffassungsweise auf den Fall der Ausstellung der Urkunde durch einen Vertreter ergiebt sich als Konsequenz, dass der Vertreter als

1) R. O. H. G. Bd. 5, S. 263 ff.
2) R. G. E. Bd. 4 ,S. 321, Bd. 30, S. 406.
3) Abgedruckt bei Seuffert, Bd. 56, S. 233 f.

„Aussteller" der Urkunde mit s e i n e m Namen zu unterzeichnen habe.

Wir halten es ausserdem für die natürlichste und dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens am meisten entsprechende Auffassung, dass, wenn durch Gesetz die „eigenhändige" Unterzeichnung einer Urkunde seitens des Ausstellers „durch Namensunterschrift" vorgeschrieben ist, unter Namensunterschrift einzig und allein die Unterschrift mit dem Namen des Ausstellers zu verstehen sei. Das Wort „eigenhändig" giebt einen Sinn nur dann, wenn man es auf die Unterschrift des eigenen Namens bezieht.[1]) Es kommt nicht darauf an, dass der Aussteller eigenhändig eine Schreibthätigkeit entfaltet — das ist schon in dem Worte „Unter s c h r i f t" enthalten —, sondern es kommt darauf an, dass die Unterschrift von der eigenen Hand des Namensinhabers herrührt.

Im Gegensatz zum Oberlandesgericht Breslau[2]) glauben wir daher annehmen zu müssen, dass die positive Bestimmung des § 126 Abs. 1 mit zwingender Kraft zu der von uns vertretenen Auffassung nötigt.[3]) Angesichts der auffälligen Erscheinung jedoch, dass fast die gesamte Praxis den entgegengesetzten Standpunkt einnimmt[4]), erscheint die von Dernburg

---

[1]) In demselben Sinne: Düringer und Hachenburg, Bd. II, S. 11 f.: „Die Ansicht (Staub...), welche allgemein auch die durch einen Vertreter mit dem Namen des Vollmachtgebers gezeichnete Urkunde für gültig erklärt, falls sich die Vollmacht auch hierauf erstreckte, ist nicht annehmbar. Es bliebe dann für die Bestimmung „eigenhändig" keinerlei Bedeutung."

[2]) Mugdan u. Falkmann, Bd. II, S. 389 f.

[3]) Für die hier vertretene Ansicht: Cosack, Vorbem. zu § 49, S. 265, Endemann, S. 270, Anm. 4, Hölder, Komment., Anm. 1 zu § 165, S. 360, Anm. 3c zu § 126, S. 282, Tränkner im sächsischen Archiv f. bürgerl. Recht und Prozess, Bd. 7, S .325, Loewe: Die Form der Rechtsgeschäfte im bürgerl. Gesetzb., Berlin 1899, S. 28 f., Matthiass: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Berlin 1899, Bd. I, S. 178, Dernburg, bürgerl. Recht, Bd. II, Abt. 2, S. 249, der deswegen, wie oben (S. 8, 9 Anm. 1) ausgeführt, den § 126 vom Wechselrecht ausgeschlossen wissen will. Vor allen Rehbein, bürgerl. Gesetzb. Anm. IV, 1b zum Titel „Willenserklärung", S. 156: „... Die Form ist nach der wortdeutlichen Vorschrift des § 126 Abs. 1 nur erfüllt, wenn derjenige, der die Erklärung abgiebt, eigenhändig unterschreibt, d. h. seinen Namen unterschreibt; die Unterschrift des fremden Namens ist nicht Namensunterschrift. Die Konsequenz ist unausweislich, dass, wo das Gesetz die Namensunterschrift fordert, die Form bei Unterzeichnung durch einen Vertreter nur erfüllt ist, wenn der Vertreter mit seinem Namen unterzeichnet, nicht aber, wenn er allein mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet." Derselbe, Wechselordnung, Anm. 29 zu Art. 4, Landsberg, a. a. O. S. 172, endlich Oberlandesgericht Marienwerder bei Seuffert, Bd. 56, S. 233 f.

[4]) Oberlandesgericht Breslau bei Mugdan u. Falkmann, Bd. II, S. 389 f. Oberlandesgericht Hamm und Kammergericht bei Mugdan u. Falkmann,

ausgesprochene Vermutung[1]), dass sich die Praxis zu einem Gewohnheitsrecht ausbilden werde, nicht ungerechtfertigt.

Bd. III, S. 350 f. Jetzt auch Reichsgericht, Urteil vom 7. Dezember 1901 (in der Juristischen Wochenschrift, Jahrgang 1902, S. 123), aber mit auffallend dürftiger Begründung. R. G. E. Bd. 50, S. 56 ff. Ferner Bernstein, § 5 zu Art. 95, S. 400, a. E.: „Dem vom B. G. B. aufgestellten Erfordernis eigenhändiger Unterschrift (§ 126 B. G. B.) ist genügt, wenn der Vertreter eigenhändig den Namen des Vertretenen unter den Wechsel setzt." Neumann, Handausgabe des B. G. B., Bd. I, Anm. 1 zu § 126, S. 60, Staub auch im Komment. zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, Anm. 38 zu § 350, S. 1093.

[1]) Bürgerl. Recht, Bd. I, S. 413.